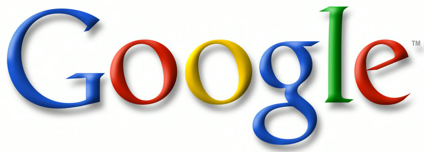
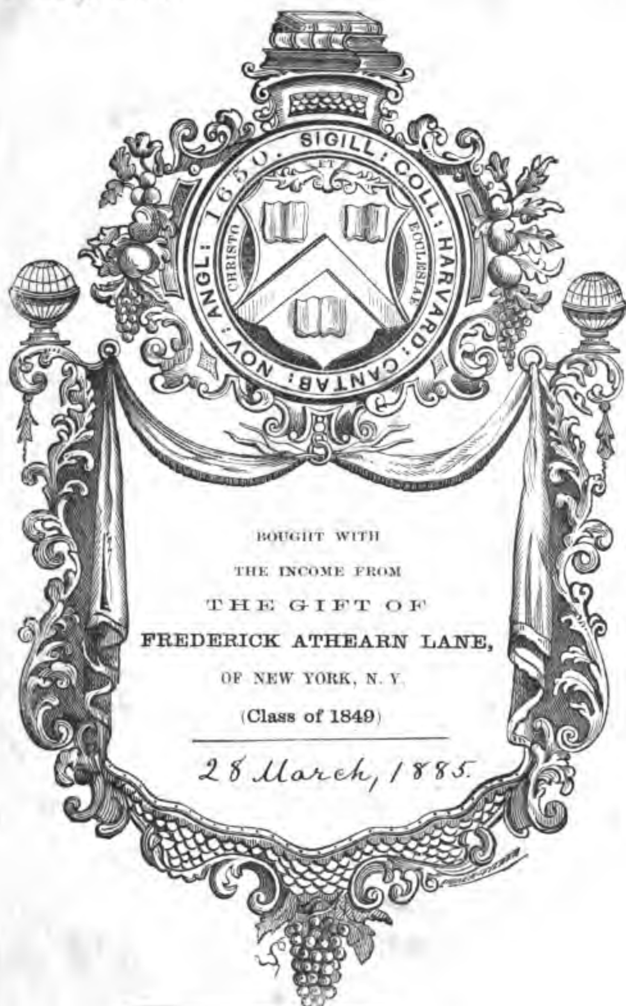



SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO
ET
ECCLESIAE

Jahrbuch

des

gemeinen deutschen Rechts

herausgegeben

von

Dr. Ernst Immanuel Bekker
Professor in Greifswald

Dr. Theodor Muther
Professor in Königsberg

und

Dr. Otto Stobbe
Professor in Breslau.

Sechster Band.

Leipzig,
Verlag von S. Hirzel.
1863.

Inhalt.

I.

Verjährung gegen Staatsfiscus und Regenten-Gut.

Von A. W. Heffter.

Noch zu Anfang des jetzigen Jahrhunderts war es herrschende Lehre, daß nach gemeinem Recht Ansprüche oder Klagen des Fiscus und des Landesherrn in Ansehung schon erworbener Vermögensgegenstände nur der vierzigjährigen Präscription unterliegen;[1] und wenn es auch nicht von allen Klagen behauptet ward, so sollten doch Eigenthumsansprüche der gedachten Persönlichkeiten nur durch eine solche Zeitdauer ausgeschlossen werden.[2]

Diese Lehre ist nunmehr im Hinblick auf den Inhalt und auf die Anwendbarkeit der dabei zum Grunde liegenden Quellen des Röm. Rechts von bedeutenden Autoritäten mehr oder weniger angefochten und verworfen. Es wird nämlich als einzige sichere Be-

1) Es haben sich zu ihr noch bekannt, wenn auch zum Theil mit einigen Bemerkungen über die nicht unzweifelhafte Begründung des Satzes: Thibaut, Besitz u. Verjähr. § 47 d. 97, N. 2. Derselbe in den Pandecten § 1051. 1058; Höpfner, Komment. § 393. Schweppe, R. Privatr. § 172; Unterholzner, Verjähr. § 46. 47. 57. 259. 260; Klüber, öffentl. R. d. d. Bundes Ausg. 3. u. flg. § 475. 482. Kori, Verj. § 80. 108. Göschen, Grundr. S. 71. Vorles. I, 437.

2) Diese Auffassung findet sich mehr oder weniger ausgesprochen in Chr. A. Günther, Elem. jur. priv. Jen. 1805. § 307. 324, Mackeldey, Lehrb. § 198. 199. 260. 264, Schilling, Pand. § 428. 420, v. Wening Ingenheim, Civilr. § 39, Heimbach, in Weiske R. Lex. IV, 311. XII, 365. 391. 654.

stimmung die Verordnung des Kaisers Anastasius in L. ult. C. de fund. patrim. 11, 61 angesehen und das Erforderniß der 40jährigen Klagenpräscription auf die dort gemeinten kaiserlichen Patrimonialgüter beschränkt, das Gesetz selbst aber auch als gegenstandlos oder antiquirt bezeichnet und zwar, wie es scheint, weil es thatsächlich solche Güter nicht mehr giebt, dem speciellen Privilegium aber eine Ausdehnung auf andere Arten des öffentlichen oder Regenten-Vermögens nicht gegeben werden dürfe.[3]

Auf die Rechtsübung sind diese Bedenken nicht ohne Einfluß geblieben; wenigstens einer der höchsten Gerichtshöfe Deutschlands, das K. Bayerische Ober-Appellations-Gericht zu München, hat bereits in einem Erkenntnisse vom 19. Februar 1847 in seiner Rechtsprechung den Satz angenommen, daß die Klagen des Fiscus, sie seien persönliche oder dingliche, schon mit 30 Jahren erlöschen,[4] und auch in andern Ländern des gemeinen Rechts wird hierüber schon zuweilen vor Gericht Streit erhoben. Es ist daher Anlaß gegeben, für die Rechtsprechung, wo sie nicht particularrechtlich feststeht, einen festen Boden zu suchen.

Daß dieser nicht unmittelbar in den Quellen des recipirten Römischen Rechts zu finden sei, muß schon aus den Zweifelsgründen, welche die neuere Theorie gegen die sonst herrschende Ansicht erhoben hat, einleuchten. Der Zustand der Quellen ist ein offenbar

---

3) Darin stimmen im Wesentlichen überein: v. Savigny, System V, S. 360 B. Puchta, Pand. § 91 Not. d., v. Vangerow, Leitf. I. S. 173 (seit der 6. Ausg.), Seuffert, Lehrb. d. Pandect. R. § 28. Not. 5, Arndts, Pand. § 108. Anm. 1 u. 3, Böcking, Pand. I, § 157. S. 58. Ausg. 5., v. Keller, Pand. § 88 Not. 9, Schirmer, in seiner Ausg. von Unterholzner's Verj.-Lehre I, S. 147 Not., Sintenis, Civilr. I, § 31 Not. 7 (S. 280 A. 2). Siehe übrigens auch Mühlenbruchs Doctr. Pand. § 267 Not. 7 und v. Holzschuher, Theorie und Casuist. I, 196. Ausg. 2. Selbst Dabelow hatte schon seine Bedenken, wagte sie aber nicht der gemeinen Lehre gegenüber auszusprechen.

4) S. Seuffert, in d. Blättern f. Rechtsanwendung Bd. XIII. S. 247. und einen Auszug davon in desselben Archiv III. Nr. 296.

lückenhafter. Ihre unmittelbaren Ergebnisse sind überhaupt nur diese:[5]

Im Allgemeinen sollen auch die Forderungsrechte des Fiscus nicht von der Verjährung ausgeschlossen sein, sondern suis temporibus vorgebracht werden.[6]

Gegenstände des fiscalischen Vermögens (res fiscales) sind der Ersitzung entzogen, so lange sie dem Fiscus gehören.[7]

Ebenso Gegenstände des kaiserlichen Vermögens (res dominicae).[8]

Andererseits tritt dem fiscalischen Aneignungsrechte eine Klagenpräscription entgegen, und zwar eine 20jährige, wegen der fiscalischen Strafnutzungen, namentlich bei Confiscationen; eine fünfjährige bei verfallenem Zollgute; eine vierjährige bei erblosem Vermögen.[9]

Unter Vorbehalt solcher specieller Bestimmungen führte nun Theodosius II. als allgemeine Regel eine 30jährige Klagepräscription ein (424), welche bis dahin nur gegen actiones in rem speciales vorgekommen war, und Kaiser Anastasius fügte ganz allgemein hinzu (491), daß alle diejenigen Klagen, die nicht schon in den bisher gesetzlichen Präscriptionen nach klarer Auslegung begriffen seien, durch eine 40jährige Präscription betroffen werden und erlöschen sollten, es möge sich dabei um ein privates oder öffentliches Rechtsverhältniß in irgend einer Sache handeln: C. 4 de praescr. 30 vel 40 ann.

Und gleichzeitig oder doch fast gleichzeitig mit dieser Verord-

5) Vergl. im Besonderen außer v. Savigny a. a. O. Unterholzner (mit den Anmerkungen von Schirmer) § 19. 46. 47. Heimbach a. a. O. XII, 307. 364.

6) Imp. Constantin. in L. 6 C. de J. F.

7) L. 18 D. de usurp.

8) Tit. C. ne rei dominicae. L. 2. C. de fund. et saltib.

9) Diese Bestimmungen sind bekannt und bedürfen hier keiner weiteren Ausführung. Eine solche findet sich übrigens in H. G. Bauer Progr. de praescriptione bonorum a fisco acquirendor. Opusc. acad. I, p. 259.

nung erläßt derselbe Kaiser an den nämlichen Präfecten [10] die als c. 14 in den Justinianischen Coder 11, 61 aufgenommene Verordnung, daß der 40jährige Besitz eines kaiserlichen Patrimonialgrundstückes (fundus patrimonialis), einschließlich derer, die den Tempeln oder einer Kampfspielanstalt, oder zu den Frei-Jucherten gehört, oder irgend eine andere Bestimmung gehabt haben, mit oder ohne Titel gegen jeden Anspruch ex publico schützen soll, mit der Maßgabe jedoch, daß der Besitzer den darauf nach der rechtlichen Beschaffenheit des Grundstückes oder nach örtlichen Verhältnissen gelegten Zins (Canon) zu entrichten hat, falls nicht etwa die kaiserliche Verleihung des Besitzes mit Befreiung von derartiger Abgabe geschehen und der Besitzer die 40 Jahre davon befreit geblieben ist.

Niemals soll aber selbst ein 40jähriger Zeitverlauf gegen öffentliche, in der Staats- oder Municipal-Verfassung begründete Leistungen der Person oder vom Vermögen einen Rechtsschutz gewähren. [11]

Endlich ist daran zu erinnern, daß die Vorrechte des Fiscus auch dem Kaiser und der Augusta zustehen sollen. [12]

Das sind die schon vielbesprochenen Sätze des Justinianischen Rechtes.

Ein General-Privilegium der 40jährigen Präscription für die Klagen des Fiscus und des kaiserlichen Patrimonialschatzes ist darin nach einfachen Interpretationsregeln nicht zu befinden, vielmehr muß die Regel der 30jährigen Präscription auch bei jenen Klagen nach c. 3. C. cit. als maßgebend erscheinen, wenn nicht eine kürzere Verjährung in einzelnen Fällen einzutreten hat, oder es sich um einen kaiserlichen Patrimonialfundus handelt, wo die 40jährige Präscription stattfinden soll. Die Annahme Unterholzners, daß die Anwendbarkeit der Theodosischen Regel der 30jährigen Präscription

10) Die Gleichzeitigkeit beider Verordnungen oder wohl auch ihre Verbindung in einer Verordnung ist nach der Beschaffenheit der Subscriptionen nicht ausgemacht, wenngleich von Herrmann angenommen und nicht unwahrscheinlich. Vgl. Unterholzner — Schirmer I, 61, 147 (§ 19, 46). Heimbach im Rechts-L. XII, 311, 312.

11) L. 5. 6. C. 7, 39.

12) L. 6. § 1. D. de J. F. 1. 3. C. de quadr. praescr.

bei res publicae, patrimoniales und dominicae in Zweifel gezogen sein mochte, daß demnach die für solche bestrittene Fälle Maß geben sollende Anastasische Verordnung (c. 4) dafür 40 Jahre gesetzt habe, ist immer nur eine Hypothese, die noch an Wahrscheinlichkeit verliert, wenn die freilich auch nicht authentisch festzustellende Gleichzeitigkeit der c. 14 de fund. patrim. in Betracht genommen wird. Wenn aber andererseits in einem Rescript von K. Arcadius (in c. 6 C. de fundis rei priv. 11,65) eine Bestätigung der 30jähr. Präscription in Sachen des Kaiserschatzes befunden wird, so ist zu erwägen, daß es sich von flüchtigen Colonen handelt, die bisher im Dienst einer Curie, Burg oder sonstigen Corporation gewesen sind, und daß also wohl nur eine Begünstigung solcher Körperschaften beabsichtigt sein könnte.

Bei dieser Beschaffenheit der Quellen mußte sich natürlich das Bedürfnis einer bestimmteren Rechtsbildung in der Lehre und Rechtsübung geltend machen.

Sehen wir nun, welchen Ausdruck dasselbe in den verschiedenen Zeiten gefunden hat.

Hier ist die Schrift des griechischen Juristen von den Zeitpunkten und Zeitabschnitten, welche Zachariä v. L. mit überzeugenden Gründen in die nächste Periode nach Justinian verlegt, obwohl sie auch spätere Ueberarbeitungen erfahren hat, von Wichtigkeit. Daselbst lesen wir:[13]

> *Αἱ τῷ φίσκῳ (ἤτου τῷ δημοσίῳ) διαφέρουσαι ἀγωγαὶ ἀναιρέσθωσαν τῇ τῷ χρόνῳ παραγραφῇ. Τὴν τριακονταετίαν ἐνταῦθά φησιν· ὅσαι γὰρ παρὰ τοῦ φίσκου κινοῦνται ἀγωγαὶ κατά τινων, δυνάμεναι ὑπερβαίνειν τὴν εἰκοσιετίαν, τῇ τριακονταετίᾳ σβέννυνται. Σημείωσαι, ὅτι περὶ ἀγωγῶν κινουμένων παρὰ τοῦ φίσκου εἰς ἐκδίκησιν πραγμάτων ὧν οὐδέποτε ἐδέσποσε, διαλέγεται ἡ διάταξις, οὐ μέντοι περὶ ὧν πραγμάτων κατέσχε, καὶ ἀπώλεσεν. Ἐκεῖ γὰρ τὴν τεσσαρακονταετίαν ἔχει.*

---

13) C. E. Zachariä, *Αἱ Ῥοπαί*, Heidelb. 1836. S. 232.

Also: die dem Fiscus zuständigen Klagen, welche nicht schon mit 20 Jahren erlöschen, werden mit 30 Jahren präscribirt (c. 6. C. de J. F.). Das gilt aber nur von Ansprüchen auf Sachen, welche der Fiscus noch nicht in seinem Vermögen hatte, während bei solchen, die er schon hatte, nur die 40jährige Zeit schützt.

Offenbar hat der Verfasser die c. 4. C. de praescr. 30 vel 40 ann. und c. 14. C. de fund. patr. im Auge gehabt. Wir werden derselben Auffassung, die auch im Ganzen die richtige sein dürfte, noch später wieder begegnen.

Aus der abendländischen Jurisprudenz kommt zunächst in Betracht der Verfasser des Brachylogus, woselbst wir lesen: si quis rem alienam bona fide seu sciens alienam, titulo vel sine titulo, per iuge tricennium sine aliqua legali interpellatione possederit, adversus petentem quemlibet, nisi sit venerabilis domus vel fiscus, iusta se praescriptione defendet. Hae enim personae non nisi 40 annorum praescriptione removentur.[14]

Auch hier ist aber genau genommen nur von petitorischen Klagen auf bestimmte Sachen die Rede.

Aus der Accursischen Glosse läßt sich keinenfalls die Anerkennung eines fiscalischen Generalprivilegii constatiren. Als Grundansicht erscheint, daß Fiscus dem ius commune unterliege. C. 6. de J. F. Die C. 14 de fund. patr. wird aber auch auf den Fiscus bezogen.

Azo war in seiner Summa in Codicem, Rubr. ne rei dominicae der Meinung, daß eine res dominica, i. e. principis, vel etiam reipubl. vel templorum an sich inpräscriptibel sei, der Besitzer jedoch ebenso wie gegen die Kirche durch 40jährigen Zeitverlauf geschützt werde, ohne daß übrigens gegen die respublica Romana die kleineren Präscriptionen von 3 und 4 Jahren in Anwendung kommen sollen.

Hostiensis in seiner summa de praescr. rer. immob. lehrte (N.

14) Brachyl. lib. II, tit. 11. § 1 (p. 44 ed. Boecking).

28) ungefähr ebenso: res etiam dominicae et Principis vel Reipublicae et templorum nulla longi temporis praescriptione obstante restitui iubentur. Sed 40 annorum praescriptio prodesse videtur, wogegen noch überdem eine J. J. R. wie bei Kirchengütern gestattet sein soll.

Aus den Schriften der nächsten juristischen Autoritäten nach den Glossatoren heben wir aus:

> Bartolus zu L. 13. D. de div. temp. praescription.: „Quaeris de rebus in patrimonium fisci incorporatis: et praescribuntur spatio XXX annorum. Fallit in casibus positis in l. ult. C. de S. S. eccl. et l. cum C. de fund. rei priv. et de fund. patrim. i. fi. Aut de rebus incorporandis: et tunc aut sunt delatae propter vectigal non solutum et sufficit V.ennium. l. 2. C. de vectig. Aut sunt delatae propter aliam causam et tunc denunciatae spatio annorum 4 praescribuntur, aut non sunt nunciatae et cet.

ziemlich genau also im Anschluß an die Quellen.

Baldus zu L. sicut C. de praescr. 30 vel 40 ann. stellte den Satz auf: Quod eadem praerogativa gaudet Imperator circa praescribentem, qua ecclesia.

Von den Juristen des 16. Jahrhunderts, welche auch die deutsche Rechtsansicht beeinflußten, nennen wir zuerst den Turiner Balbus, dessen Tractat über die Präscription als ein goldenes Werk geschätzt ward. Daselbst lesen wir P. V. part. 2 de praescriptione fiscali N. 3. „Bona et iura possessibilia si sint iam fisco incorporata, requirunt praescriptionem 40 annorum. Gl. in § res fisci; weiterhin auch mit Berufung auf Gl. und Bartol. ad l. quamvis D. de usuc. et usurp. et l. omnes C. de praescr. 30 vel 40 ann.; hinsichtlich der persönlichen Klagen spricht er sich dafür aus, quod contra rempubl. s. civitatem regulariter praescribitur sicut contra privatum. P. V. p. 3. qu. 1.

Der spanische Canonist Covarruvias geht in seinen Resolutio-

nen zu Cap. Possessor. P. 2. § 2 N. 12. fgg. von ähnlichen Unterscheidungen aus, wie wir sie bei Bartolus und Balbus finden, und zwar zunächst in Betreff der Güter, welche dem Fiscus zur Strafe oder als vacante verfallen; er bemerkt sodann rücksichtlich der bona quae Principis ut Principis sunt, daß Manche hier wohl eine 100jährige Präscription erforderten, nach Gl. in Auth. de non alien. aut permut. § ut autem. z. B. Boerius in qu. 264, n. 23. Er selbst ist aber für 40 Jahre nach L. omnes C. de praescr. 30 vel 40 und bezieht sich auf Aymon. Sevillanus in c. absolut. de antiqu. temp. p. 4. n. 37. Alexander Consil. 16, n. 24. lib. 5. Balbus de praescript. p. III, Part. 5 qu. 1. Dagegen meint er, bei res quae Principis propriae sunt nec habentur iure principatus sed privati, sufficit praescriptio ut adversus privatum (n. 16), wiewohl Guido Papa in qu. 416 sich für 40 Jahre entschieden habe.

Von Cujas lesen wir im Tr. de div. temp. praescr., womit er die *ῥοπαί* edirte, in cap. 31 de 40 annis: „Actiones autem fiscales exemplo privatorum 30 vel 40 annis tolluntur. l. iustum C. de J. F. et quidem si vindicet fiscus quae nondum habuit, excepta causa commissi et bonorum vacantium, vel qua alia, cui minora tempora praestituta sunt, repelletur a domino vel b. f. possessore praescriptione XX annorum, ut dictum est cap. 28. A malae fidei possessore XXX annis. Quodsi vindicet ea quae habuit et amisit, repelletur praescriptione XL annorum. L. ult. C. de fund. patrim. Sed et actione personali si agat de reliquis i. e. *περὶ ὀπισθοτελειῶν*, repelletur XL annis, ut Theodorus Hermopolitas interpretatur; non tamen id adversus fiscum adsequi possessor potest, ut in futurum a canone sit possessor immunis.“

Letzteres bezieht sich gleichfalls auf c. ult. de fund. patrim. Im Uebrigen sieht man, daß Cujas mit den *ῥοπαί* einverstanden war.

Wir treten nunmehr in diejenige Periode der deutschen Rechtsbildung, welche sich zwar an die einmal aufgenommenen fremden

kaiserlichen Rechte und an deren meistentheils ausländische Ausleger anschloß, keineswegs aber so knechtisch, daß man darüber der einheimischen Zustände und Bedürfnisse vergessen hätte. Doctrin und Praxis griffen vermöge der ihnen von den gesetzgebenden Mächten gestatteten Freiheit schöpferisch ein und gestalteten so ein modernes Herkommen, das zum Theil durch Particular-Gesetze bestätigt oder befestigt wurde, aber auch ohne dieselben sich Geltung verschaffte. Dabei wurde nicht blos dem Privatrecht, sondern ebensowohl den öffentlichen Zuständen gebührende Rücksicht geschenkt; es bestand ein Zusammenwirken publicistischer und civilistischer Studien.

Die feststehende civilrechtliche Lehre war zunächst, daß res fiscales und res Principis nur der 40jährigen Präscription unterliegen, gewöhnlich mit Hinweisung auf c. 4. C. de praescr. 30 vel 40 ann. und c. 14. C. de fund. patrim.

So bei Lyncker (Consil. II, 107 und XXV, 19), bei J. H. Böhmer, Introd. in ius Digest. 41, 3, 25. (vom J. 1704) und zwar mit Beschränkung auf die res fisco iam acquisitas; ferner bei A. Leyser, Med. ad Pand. 458 (vom J. 1728), bei Heineccius, Elem. iur. civ. §. 435 (vom J. 1735 ab), bei L. Mencken, Syst. iur. civ. sec. Pandectas ed. Schoen, 43, 3, 22 (seit 1754), bei Hellfeld (J. prud. for. § 1773) und so fort bis zum Anbeginn unseres Jahrhunderts.

Allerdings stellte man sich die publicistische Frage, ob denn die Vorschrift des gemeinen Civilrechts in Bezug auf Fiscus und kaiserliches Patrimonialgut auch auf die deutschen staatlichen Verhältnisse anwendbar sei; namentlich ergab sich dabei eine Meinungsverschiedenheit über die Verjährbarkeit des landesherrlichen Eigenthums an den sog. Domänen. Einige behaupteten die Unverjährbarkeit, andere die Statthaftigkeit der 40jährigen, jedenfalls unvordenklichen Präscription.

Von einer 30jährigen war keine Rede.[15]

---

15) Die Gründe dieser verschiedenen Ansichten und ihre Vertreter sind ausführlich angegeben von Pfeffinger im Vitriarius illustr. tom. III. p. 1351 – 1359.

Jene Meinungsverschiedenheit hatte ihren hauptsächlichen Grund in der Unklarheit, welche über die landesherrlichen Rechtsverhältnisse obwaltete; daß man insonderheit Grundsätze des auswärtigen, namentlich französischen Staatsrechts von der Unveräußerlichkeit der Domänen auf die Güter der deutschen Landesherren überzutragen suchte. Man unterschied z. B. Domänen- d. i. Kron- und Staats- oder Landschaftsgut, das ein für allemal dem Bedürfnis des Landes gewidmet sei; gleichsam ein Dotalgut der Fürsten, das ebenso unveräußerlich, deshalb auch so unverjährbar sein sollte, wie kirchliches Dotal- und Mensalgut; sodann Fiscal- nebst Cameralgut; endlich Patrimonial- und Chatullgut, auf welche letztere beide Arten die 40jährige Präscription unbedenklich anwendbar sei.[16]

Bald jedoch klärte sich das Dunkel auf und die Unsicherheit der Rechtsanschauungen schwand. Man erkannte und unterschied in der Persönlichkeit des Landesherrn:

Erstens die unveräußerlichen Rechte der hohen Landesobrigkeit, gegen deren Ausübung nur in einzelnen Beziehungen die unvordenkliche Verjährung einen Rechtsschutz gewähren dürfe;

Zweitens die regalischen Befugnisse oder sogenannten Herrlichkeiten, die verfassungsmäßig auch in Privatbesitz übergehen konnten, wobei der unvordenkliche Quasibesitz die Stelle der landesherrlichen Concession vertrete;

sodann bei dem landesherrlichen Güterbesitz:

Das Fiscusgut, das durch die Ausübung des ius fisci nach deutschem Herkommen und nach dem damit in Verbindung gebrachten Römischen Recht erworben werden konnte;

Das Cameralgut oder das landesherrliche Hausvermögen, welches vorzugsweise zur Sustentation des Landesherrn und seiner Familie, hiernächst aber auch für die Landesbedürfnisse bestimmt wäre und verwaltet werde; endlich das landesherrliche Privat- oder Chatullvermögen des Landesherrn bezüglich der einzelnen Mitglieder seines Hauses, welches frei besessen, verwaltet und veräußert werde.

---

16) J. H. Boehmer, J. Eccl. Prot. II, 26, 27.

Dabei ist zu bemerken, daß nach der gewöhnlichen Einrichtung das Kammer- und Fiscusgut unter derselben Verwaltung, nämlich der landesherrlichen Kammer stand, wie überhaupt das Kammergut den Grundbestand des landesherrlichen Einkommens bildete, wohin dann ferner die übrigen mehr und mehr flüssig gemachten Quellen des öffentlichen Einkommens, und so auch fiscalische Einkünfte und Erwerbungen geleitet wurden, so daß namentlich unbewegliches Fiscusgut, was z. B. durch Confiscation erworben ward, wenn keine anderweite Verfügung darüber erfolgte, regelmäßig dem Kammervermögen incorporirt, bezüglich unter die Verwaltung der Kammer gestellt ward. Eine Scheidung zwischen erworbenem Fiscal- und Kammergut bestand der Sache nach nicht.

Nur ausnahmsweise war in einzelnen Territorien eine eigene Landschaftskasse, Aerarium, eingerichtet und unter besondere Verfügung oder Mitverfügung der Landstände für gewisse Landesbedürfnisse gestellt, ähnlich dem in dem altrömischen Kaiserreiche noch eine Zeit lang fortbestehenden aerarium P. R.[17]

Die deutsche Doctrin des vorigen Jahrhunderts hat nun, soviel sich ermitteln läßt, kein Bedenken getragen, die oft erwähnten zwei Verordnungen des Kaisers Anastasius bei landesherrlichem Fiscal- und Cameralgut für anwendbar zu achten und ihm gegenüber das Erforderniß einer 40jährigen Präscription anzunehmen.

Schon Georg Heinrich Brückner (Professor zu Erfurt † 1700) hatte in seiner auf richtigen Ansichten über die deutschen landesherrlichen Güter beruhenden Abh. de domaniis regni Germ. Erf. 1687 cap. 11. n. 9 u. 12 die Sätze aufgestellt: Iure Co-

---

17) Kaum schon annähernd gekannt sind jene staatsrechtlichen Institute in M. Rhodii (Resp. Hahn) diss. de praescriptione Principis. Frcf. Viadr. 1686, wenigstens überall noch mit fremdartigen Beimischungen. Etwas klarer schon in de Neumann, reale ius Principum. Frcft. ad Moen. 1752 § XXXI, S. 99. u. in v. Cramer, Obs. 1357 (tom. I.). Am richtigsten, wenn auch nicht ganz ohne historische Mißverständnisse, von Leyser, in s. Schrift: de adsentatione ICtorum (zuerst 1712) cap. 3 sect. 2. und in s. specim. 657, med. 1—10, desgl. von Wernher, P. X. obs. 377. 379.

dicis determinatum est, ut fundos Imperatoris patrimoniales (quod per § ult. J. de usucap. ad fiscales fundos extenditur, Vinnius ad d. §) 40 annis usucapi. Quod etiam dicendum de Principum et Dynastarum in nostro Imp. Germ. bonis ac rebus fiscalibus et domanialibus.

Eben dafür, mit Ausdehnung auf das freie Eigen- oder Chatullgut des Landesherrn, hat sich kurz darauf Leyser und weiterhin der Leipziger Ordinarius Heinrich Gottfried Bauer in einem ausführlichen Programm von 1757 de praescr. bonor. a fisco acquisitor. (opusc I, 251), desgl. Jac. Rave in seinen bekannten Principia doctrinae de praescriptione (zuerst erschienen 1766) und sein späterer Herausgeber Eichmann (1780) erklärt. Leyser und Rave finden auch kein Bedenken, dem landesherrlichen Fiscus das landschaftliche Aerar gleichzustellen, wozu unstreitig vollkommener Grund vorhanden ist.[18] Bauer berührt den Punkt nicht. Uebereinstimmend äußerte sich ferner Ernst Christ. Westphal (1787) im System d. röm. R. über die Arten der S. Besitz, Eigenth. und Verj. § 756. 762. 799.

An die Vorgenannten haben sich demnächst die schon oben Not. 1 u. 2 angeführten Schriftsteller des jetzigen Jahrhunderts angeschlossen, und selbst diejenigen, welche die Richtigkeit der Lehre wegen Mangels einer gesetzlichen Begründung angefochten haben (oben Not. 3), geben meistens ausdrücklich zu, daß die gemeine Lehre an der 40jährigen Präscription gegen Fiscus und landesherrliches Patrimonium festgehalten habe. In der That möchten auch, abgesehen von den theoretischen Dissenters, abweichende Ansichten nicht nachzuweisen sein.

Zwar bemerkt das gleichfalls schon erwähnte Münchener Erkenntnis (Not. 4), daß bereits der (vormalige Bayersche Hofmarkrichter) Arnold (Anton?) Wilhelm Ertel in seinem Werke Aurea Praxis de iurisdictione (zuerst erschienen 1693, deutsch 1715 und ferner 1735) P. II, Exercit. 80. p. 613 unter Allegation mehrerer

---

18) Vergl. Heimbach R. Lex. XII, 391.

Autoren die 40jährige Präscription nur bei Gütern mit der Eigenschaft landesherrlicher Patrimonialgüter anerkannt habe; indessen dürfte solches doch in dem übrigens nicht ungeschickten Buche und Aufsatze nicht klar zu befinden sein.

Ertel nämlich macht ungefähr dieselben Unterschiede, wie sie oben aus Covarruvias notirt sind, dem er auch wohl hauptsächlich gefolgt ist. Zuerst redet er von heimfallenden Sachen und den dabei stattfindenden kürzeren Verjährungen, bemerkt aber dann mit Bezug auf Bartolus, Imola, Angelus und Andrä zu c. omnes, daß bereits verfallene Sachen des Fiscus erst durch 40jährige Präscr. verloren werden. Bei Schoß und Steuer sei keine Verjährung statthaft, außer wo sie auf den Gütern liegen. Wegen der Güter, die der Fürst nicht als solcher, sondern als Privater besitze, z. B. praedia, Gärten u. s. w., sagt er, daß vornehme Juristen hier die Verjährung wie gegen Privatpersonen zulassen wollten; gemeiniglicher aber werde auch hier die 40jährige angenommen. Bei incorporirten Gütern, worunter wohl die zum bleibenden Kammergut bestimmten zu verstehen sind, wird sogar von einer 100jährigen Präscription geredet.

Als dissentient wird ferner Fr. Es. Pufendorf angeführt und in der That hat er in der Obs. 50, tom. II bemerkt: die niedere Jagd gehöre in den Braunschweigischen Landen nicht zu den Regalien. Es könne nur die Frage entstehen, welche Verjährungszeit gegen den Vertreter des Fiscus Platz greife, der seinerseits berechtigt sei, eine ohne allen Rechtsgrund ausgeübte niedere Jagd zu verhindern (Obs. 228. § 3. tom. I). Das höchste Tribunal habe im J. 1719 40 Jahre erfordert. „Quae praescriptio vulgo in omnibus causis contra fiscum requiritur. Sed plane L. 4. C. de 30 vel 40 ann., quae hanc in rem allegatur, fiscales causas a praescriptione non exemit. Lex autem 14 C. de fund. patrim. ad fundos Principis patrimoniales duntaxat pertinet. Quamobrem non intelligitur, cur in venatione praescribenda inferiori 30 anni non sufficiant.“ Nun führt er ein angeblich conformes Tribunalsurtheil von 1745 an,

das weiter unten noch erwähnt werden soll. Endlich fügt er hinzu: Aliter forte dicendum est, si quis in fundo Principis patrimoniali venationem sibi asseret. Quo casu 40 annos requiri, iuris rationi conveniens est. Hier also hatte er kein Bedenken. Ob nun aber nicht mit diesem letzteren Zugeständnis das gleiche Privilegium bei Fiscussachen anzuerkennen sei, muß weiterer Betrachtung vorbehalten bleiben.

Werfen wir nun noch einen Blick auf die neuere Rechtsübung selbst, so möchte der Verfasser dieses Aufsatzes vorerst alle diejenigen, welche schon vieljährige Erfahrungen in der gemeinrechtlichen Spruchpraxis haben, zu einem Zeugnis darüber aufrufen, ob wohl jemals ihnen ein Fall vorgekommen sei, wo in fiscalischen oder landesherrlichen Vermögenssachen eine andere als die 40jährige Präscription in neuerer Zeit zur Anwendung gebracht worden. Dem gegenwärtigen Verfasser selbst ist noch keine Abweichung vorgekommen. Auf seine Anfrage bei Praktikern ist ihm fast nur mit Erstaunen geantwortet worden, wie es überhaupt noch zu dieser Frage kommen könne. In abgedruckten Urtheilen findet man gewöhnlich ohne weitere Rechtfertigung das Erfordernis der 40jährigen Präscription gegen Fiscus und Landesherrn aufgestellt.[19] Die einzige ihm bekannt gewordene entgegenstehende Entscheidung von hochachtbarer Autorität ist die des K. O. A. G. zu München, welche unter Regirung einer übereinstimmenden Rechtslehre und Praxis die Zweifel und Theorien der historisch kritischen Schule zu den ihrigen gemacht hat.

Es muß dahin gestellt bleiben, ob bei dieser Entscheidung die bisherige Judicatur oder Praxis ihre vollständige Berücksichtigung gefunden habe, und von welcher Bedeutung sie für den Rechtszustand in Bayern sei. Den übrigen Ländern des gemeinen Rechts ist dadurch nicht präjudicirt. In Bezug auf diese mögen hier folgende Nachweisungen eine Stelle finden.

---

19) Vgl. z. B. Schmalz, N. Samml. merkw. Rechtsff. u. Entschdd. d. Haller Juristen-Fac. I. 1809. S. 137.

In den Ländern des sächsischen Rechts ist der Gebrauch der 40jährigen Präscription gegen Fiscus und Landesherrn ein völlig feststehender.[20]

Aus dem Königreiche Hannover liegt ein Obergerichtsurtheil von 1827 in der juristischen Zeitung des genannten Jahres (II. S. 117) vor. Daß bereits im vorigen Jahrhundert die Praxis des höchsten Tribunals die gedachte Verjährungszeit erfordert habe, erhellet aus Pufendorf Obs. I, 228. § 3. Das von ihm in der Obs. 50. t. II. angeführte abweichende Urtheil von 1745 trifft unsere Frage nicht genau. Das Tribunal hat daselbst eine 30jährige Ausübung der niedern Jagd auf einem Privatgrundstücke Seitens des Eigenthümers für genügend erachtet, um den Einspruch des Fiscals zurückzuweisen. Es handelte sich dabei gar nicht um ein schon erworbenes Recht des Fiscus oder des Landesherrn, da die niedere Jagd, wie oben bemerkt, in Braunschweig-Lüneburg kein Regal war, sondern nur vom Fiscus controlirt wurde. Ganz unzweifelhaft ist die neuere Rechtsübung bei dem K. O. A. G. zu Celle. Denn darnach muß „als feststehend angesehen werden, daß dem Fiscus und namentlich dem K. Domanium regelmäßig eine 40jährige Verjährung zukomme, und daß dies insbesondere auch von Erwerbung der Servituten gelte." (Hannov. Entscheidd. des Tribunals zu Celle v. 1855—1857. II, Nr. 16. S. 66 ed. 2).

Daß man im Kurfürstenthum Hessen die ältere Rechtsansicht festgehalten habe, erhellet aus einer Entscheidung bei Pfeiffer, in den Rechtl. Ausff. VII, 269. betreffs einer gegen den landesherrlichen Fiscus beanspruchten Servitut.

Gleiches gilt von den gemeinrechtlichen Landen der preußischen Monarchie; namentlich hat noch neulich ein Urtheil des Ober-Tribunals zur Ersitzung einer Servitut an einem im Eigenthume des Landesherrn befindlichen Grundstücke 40 Jahre erfordert. (Strietshorst Archiv für Rechtsfälle XLI, Nr. 59. S. 268.) Das Allg.

---

20) S. Curtius Hdbch. des in S. gelt. Civilr. § 558. 572. Heimbach Lehrb. des Sächs. Privatr. § 321.

Landrecht für die preußischen Staaten hat übrigens auf Grund der im vorigen Jahrhundert hergebrachten Rechtslehre und Rechtsübung[21] die 44jährige Verjährung (40 Jahre + 4 Jahre Restitutionsfrist wie bei Kirchen ꝛc.) gegen Fiscus und landesherrliches Domanialvermögen angenommen und bisher beibehalten.

Ebenso ist im österreichischen Gesetzbuche die 40jährige Präscription gegen den Fiscus gemeine Regel geblieben.

In Anbetracht alles dessen hat sich die hiesige Juristenfacultät nicht bewogen finden können, in einer fürstlich Lippeschen Sache, wo das Hofgericht einen 40jährigen Zeitraum gegen das fürstl. Hausfideicommiß ohne alles Bedenken erfordert hatte, auf die hiergegen erhobenen theoretischen Zweifel einzugehen und 30 Jahre zu substituiren. Sie hat vielmehr die ältere Ansicht als ein auf übereinstimmender Rechtsansicht und Anwendung beruhendes deutsches Herkommen aufgefaßt, das durch die neueren Anfechtungen, welche erst vom dritten Jahrzehnt des jetzigen Jahrhunderts stammen und zeither nicht die Praxis entschieden nach sich gezogen haben, für aufgehoben nicht erachtet werden könne.

Zwar läßt sich bei der vorliegenden Frage nicht anwenden: „Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt“ (L. 23 de LL.), immerhin aber ist der Satz in L. 37 ebd. zur Geltung zu bringen: „Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo.“

Eine absolute Willkür ist der hergebrachten Rechtsregel nicht vorzuwerfen. Es liegt ihr ein ähnliches Bedürfnis größeren Rechtsschutzes zum Grunde, wie bei Kirchenvermögen, worauf nicht selten schon hingewiesen worden ist, nämlich die dauernde Sicherung desjenigen Vermögens, welches öffentlichen Zwecken für Viele gewidmet ist und von dem Eigner oder dessen Vertreter nicht selbst oder doch

---

21) Vgl. Henr. Cocceji, Consil. II, 204 mit Hinweisung auf c. 14 de fundis patrim.

nur unvollkommen überwacht werden kann. Hat man in Frankreich mit einer blos 30jährigen Präscription gegen fiscalische Forderungsrechte auskommen können, so hat man andererseits dort wieder die Unverjährbarkeit des Domänenbestandes seit alter Zeit aufrecht erhalten, was, wie oben bemerkt, im Röm. Reiche deutscher Nation nicht durchgesetzt worden ist.

Ein Verstoß gegen unverbrüchliche Rechtsgrundsätze ist der älteren Rechtsansicht nicht nachzuweisen. Ein bloßes Irrsal und Mißverständnis würde den zur Gewohnheit gewordenen Rechtssatz nicht umstoßen, sondern nur analoge Anwendungen ausschließen (L. 39 eod.). Es ist übrigens nicht einmal Irrthum klar ersichtlich.

Man sagt, die einzig sichere Stelle sei die c. 14. C. 11, 61. Diese aber sei „antiquirt" (Sintenis a. a. O.) oder: „es komme diese besondere Art der Domänengüter heut nicht mehr vor" (v. Savigny) oder „die Vindication von Patrimonialgrundstücken sei nicht mehr praktisch" (Arndts). Was waren denn aber die fundi patrimoniales so ganz Besonderes? Ihrem Wesen nach waren es diejenigen Grundgüter, welche der Kaiser in dieser Eigenschaft erworben oder an sich gebracht hatte, die er durch einen eigenen Beamten, den Procurator patrimonii, dann durch den Comes rerum privatarum verwalten ließ und nach Gutfinden verwendete, wobei natürlich die kaiserlichen persönlichen und Familienzwecke, gewiß aber auch öffentliche Zwecke bestimmend waren. Die Benutzung ward gewöhnlich durch Austhuung in Zeitpacht oder in Emphyteuse oder auch gegen Zins schlechthin bewirkt. Wesentlich war allein, daß das Eigenthum der kaiserlichen Person zuständig war. Woher es rührte, machte keinen Unterschied; es läßt sich nicht einmal darthun, daß diejenigen Güter, welche der Kaiser als Privatmann schon gehabt hatte oder erwarb, eine davon verschiedene Qualität gehabt hätten. Wenn nun schon solchen Patrimonialgütern, worüber der Kaiser ganz nach Willkür verfügte, ein 40jähriger Klageschutz beigelegt war, so lag es nahe, denselben auch auf die freien Chatull-Güter der deutschen Fürsten und a fortiori auf ihre Kammergüter zu übertragen, da diese in der That auch ihr allodiales oder lehnrüh-

riges Eigenthum waren, und deren Bestimmung für den fürstlichen Hof- und Staatshaushalt sogar noch einen größern Rechtsschutz bedingte. Was aber von den kaiserlichen Patrimonialgütern und folgerichtig von den deutschen Kammergütern galt, konnte den eigentlichen Fiscalgütern nicht versagt werden; denn die römischen Kaiser disponirten darüber ebenfalls nach Gutfinden, und die deutschen Fürsten nicht minder; sie konnten es veräußern oder incameriren.

Allerdings ist in c. 14 nur von Grundstücken, fundis, die Rede; daß indessen Grundrechte denselben gleichstehen, ist in der Verjährungslehre längst angenommen.

Einigen Bedenken möchte es dagegen schon unterliegen, ob bei beweglichen Sachen dasselbe Princip zur Anwendung kommen müsse. Das Gegentheil ist zwar von Carpzov (Defin. II, 5, 6. Resp. I, 35) und von Schilter (Exerc. ad Pand. 45, 55) aufgestellt und die Statthaftigkeit der dreijährigen Zeit gegen den Fiscus wie bei Kirchen und Stadtgemeinden vermöge der auf kirchliche Sachen bezüglichen Aeth. Quas actiones C. du S. S. eccl. und C. 16. qu. 3. can. 16 behauptet worden. Außer der Untüchtigkeit dieses Textes zum Beweise des behaupteten Satzes gegen Staat und Landesherrn steht ihm das Ausgenommensein der Staats- und Fiscal- sowie auch landesherrlichen Sachen von der Usucapion entgegen; es könnte also zunächst nur von der 30jährigen Präscription die Rede sein, wofür sich auch c. 6. C. 11, 65 benutzen läßt. In der zuvor nachgewiesenen herrschenden Lehre ist indessen von den Vertretern derselben im vorigen Jahrhundert, z. B. v. Leyser, Bauer, Rave, ein Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen nicht gemacht, sondern immer allgemein von bona oder res fiscales et patrimoniales geredet, namentlich werden von Westphal a. a. O. sowohl Grundstücke, als Mobilien und Moventien darunter gerechnet. In gleicher Allgemeinheit äußern sich auch noch die Not. 1 angeführten Schriftsteller des jetzigen Jahrhunderts. Rechtssprüche über diesen Punkt dürften aus leicht begreiflichen Ursachen kaum nachzuweisen sein.

Bedenklicher muß es aber fallen, alle fiscalischen oder landesherrlichen Vermögensklagen ebenwohl mit der 40jährigen Präscrip-

tion zu privilegiren, indem man überhaupt den Satz aufstellt, daß gegen den Fiscus, mit Ausnahme der ausdrücklich an kürzere Fristen gebundenen Klagen, nur die Präscription mit der angegebenen längsten bestimmten Zeitdauer schütze. Forderungsrechte gehören freilich auch zu den bona, dem Vermögen (L. 21. 49. D. de V. S.), allein ein allgemeines Privileg der 40jährigen Präscription ist dem Fiscus oder landesherrlichen Vermögen nicht ertheilt. Daß c. 4. C. 7, 39 ein solches nicht gewährt habe, ist klar, und daß c. 14. C. 11, 61 eine Ausdehnung auf Forderungsrechte gestatte, schwer zu behaupten. Ein Bedürfnis dazu möchte ebenfalls nicht vorhanden, überdies auch eine eben so allgemeine Anerkennung in der Rechtsübung nicht anzunehmen sein. Selbst eine ganz gleichförmige gemeinrechtliche Lehre und Rechtsansicht hat nicht bestanden.

Daß die älteren Civilisten nichts weniger als einer solchen Rechtsansicht zugestimmt haben, ist aus dem Obigen ersichtlich. Spätere reden, wie bemerkt, nur unbestimmt von bona, res, Gütern, Sachen, nicht auch ausdrücklich von Forderungen und Klagen ohne Unterschied, sondern gedenken der 40jährigen Präscription blos in Bezug auf die der ersitzenden Verjährung an sich entzogenen Gegenstände des fiscalischen Vermögens.[22] Ausdrücklich hat sich sodann gegen die Präscription von 40 Jahren bei persönlichen Klagen des Fiscus der schon genannte G. H. Brückner a. a. O. cap. 11. No. 28 mit den Worten erklärt: „de reliquis fisci actionibus (außer den die bona ac res fiscales et patrimoniales betreffenden) imprimis personalibus notandum arg. l. 6. C. de J. F. et has exemplo privatorum 30 annis praescribi.“ Derselben Meinung darf nach dem Obigen auch E. Pufendorf in seiner Obs. 50. t. II. beigezählt werden.

Dessenungeachtet möchte sich aber doch wohl die gemeine Lehre, zugestandenermaßen, bis zu den erst in neuester Zeit erhobenen Bedenken, vorzugsweise selbst bei persönlichen Forderungsrechten für

22) So im vorigen Jahrh. schon J. H. Böhmer im J. Digestor. 41, 3, 25, vgl. mit 43, 3, 6. Hellfeldt J. Prud. for. § 1773 vgl. mit § 1893, und im jetzigen Jahrh. die oben Note 2 Genannten.

die 40jährige Präscription zu Gunsten des Fiscus entscheiden und dazu das kirchliche Privilegium der Novelle 111. 131. cap. 6 am meisten mitgewirkt haben, so daß vor der Abweichung von dieser Rechtsansicht selbst Dabelow zurückschreckte und der soviel gründlichere Unterholzner § 259. 46. 47 der Verjährungslehre dieselbe ohne strengere Begründung angenommen hat.

Als Schlußergebnis dürfte durch das Vorausgeschickte für die Rechtsanwendung Folgendes aufzustellen sein:

In Betreff der unbeweglichen incorporirten landesherrlichen Kammer-, Chatull- und Fiscus-Güter schützt gegen die Ansprüche des Landesherrn und Fiscus nach deutschem Herkommen nur die 40jährige Präscription.

In Betreff anderer Güter und Rechte, welche überhaupt einer bestimmten Verjährung unterworfen und nicht etwa ganz unverjährbar sind, oder doch blos einer unvordenklichen Zeit weichen, kann die gemeinrechtliche Judicatur sich schon an der 30jährigen Präscription genügen lassen, dafern nicht etwa die Praxis des besondern Landes an der Lehre einer durchgängigen 40jährigen Präscription festgehalten hat, was aller Wahrscheinlichkeit nach in den meisten Ländern nachzuweisen sein möchte.

Es kommt dies im Wesentlichen mit der Lehre v. Wening-Ingenheims überein, welcher sich im § 39 f. Civilr. dahin ausgesprochen hat: „Auch für die 40jährige Dauer der dinglichen Klagen des Fiscus und der Regenten sprechen bedeutende Gründe," mit Bezugnahme von c. 4. 6. C. 7, 39 und c. 14. C. 11, 65, ferner mit den Ausführungen Heimbachs im R. Lex. Bd. XII, S. 309. 365. 391. 654, obschon daselbst auf die einheimische organische Rechtsentwickelung nicht näher eingegangen ist.

Unberührt bleibt hier übrigens die sonst vielfach bestrittene Frage, ob dem Fiscus gegen den Ablauf der Verjährungszeit annoch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebühre. Auch sie ist nach dem Vorgange der kirchlichen Begünstigungen für den Fiscus in Anspruch genommen; allein eine allgemeine sichere Anerkennung hat sie nicht erlangt.

II.

Personalität und Territorialität des Rechts und die Grundsätze des Mittelalters über die Collisio statutorum.

Von O. Stobbe.

Es ist allgemein anerkannt, daß die Grundsätze, nach welchen die Rechtsfähigkeit einer Person, ihre Rechtsverhältnisse, Rechtsgeschäfte, ihre Delikte u. s. w. zu beurtheilen sind, mit einem Worte die Sätze, welche bei der sog. Collisio statutorum maßgebend sind, sich nur in sehr unbefriedigender Weise aus dem Corpus juris civilis herleiten lassen, daß sie vielmehr durch die Praxis früherer Jahrhunderte und durch die Doctrin ihre Ausbildung erfahren haben. Bei Behandlung dieser Lehre hat man sich entweder zu den Juristen früherer Jahrhunderte gewendet und die Gültigkeit einer Regel aus ihrer mehr oder weniger übereinstimmenden Ansicht abgeleitet oder bewiesen, oder man hat den jedenfalls schwierigen Versuch gemacht, aus der Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse das für sie gültige Princip zu entwickeln. In den Aufsätzen und Monographien über die Collisio statutorum hat man wohl auch hie und da einen Satz aus den deutschen Volksrechten oder den Rechtsbüchern angeführt, um die Uebereinstimmung zwischen denselben und den römischen oder unsern heutigen Grundsätzen darzuthun; aber es geschah nur sehr vereinzelt, mehr zur Colorirung, und es fehlte an jeder eingehenden Behandlung der älteren Quellen und einer ge-

schichtlichen Anknüpfung der späteren Grundsätze an die Praxis des Mittelalters.

So wie der Verfasser in dem ersten Bande dieses Jahrbuchs den Nachweis zu führen versuchte, daß, was die Regeln vom Gerichtsstande anbetrifft, unsere heutige Doctrin und Praxis mehr in dem ältern deutschen, als in dem römischen Recht ihre Wurzel habe, so beabsichtigt er in gleicher Tendenz dasselbe auch für die Collisio statutorum in dem folgenden Aufsatze durchzuführen. Eine Darstellung der Grundsätze des ältern deutschen Rechts wird auch zugleich den Beweis liefern, daß die spätere Doctrin sich unbewußt an dieselben anschloß und aus den Quellen der fremden Rechte Regeln entwickelte, welche in denselben nicht klar ausgesprochen waren, aber dem bisher geltenden Recht in entschiedenster Weise entsprachen.

Fehlte es nun in einem so ausgebildeten Recht, wie dem römischen, — freilich wohl hauptsächlich aus dem Grunde, daß es das gemeine Recht des ganzen orbis Romanus sein sollte, — an ausreichenden Bestimmungen, so darf es um so weniger befremden, wenn die deutschen Quellen des Mittelalters keine systematischen, sondern nur gelegentliche, dürftige Sätze enthalten. Wir hoffen, daß deren Zusammenstellung nicht ohne allen Werth für die Begründung der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis sein wird. Der Natur unserer Aufgabe gemäß beschränken wir uns darauf, die einzelnen Aeußerungen der Quellen zu sammeln, und verzichten von vorn herein darauf, ein einheitliches, völlig befriedigendes System zu liefern; es ist nicht anders möglich, als daß manche Lücke bleibt, zu deren Ergänzung es an ausreichenden Nachrichten und genügendem Anhalt fehlt.

Wir unterscheiden im Folgenden zwischen der Zeit der Volksrechte und der Zeit der Rechtsbücher. Abgesehen von der Verschiedenheit der Quellen hat diese Periodisirung auch noch eine besondere Bedeutung für unser Thema: in jener Zeit herrschte die Persönlichkeit des Rechts, in dieser die Territorialität desselben. In der früheren Zeit bestimmte sich das Recht einer Person nach dem Stamme,

welchem sie angehörte, in der spätern nach dem Lande, in welchem sie ihren dauernden Wohnsitz hatte.[1]

I. Die Zeit der Persönlichkeit des Rechts.

Wenn nach älterem Recht die Nationalität einer Person sich nicht bestimmte nach dem Lande, dem Stamme, Staate, welchem sie für die Dauer durch ihren Aufenthalt angehörte, sondern nach dem Stamme, aus welchem ihr Geschlecht seinen Ursprung herleitete, und demgemäß im allgemeinen das Recht dieses Stammes für sie zur Anwendung kam, so haben wir damit noch kein Princip zur Beantwortung der Frage gewonnen, welches Recht der Richter, wenn Personen verschiedener Rechte sich gegenüberstehen, anzuwenden habe. Wir wissen nur, wer als Franke, Sachse, Westgothe anzusehen sei, aber nicht zugleich, ob, wenn ein Franke und ein Sachse sich mit einander in Streit befinden, fränkisches oder sächsisches Recht von dem Richter bei der Entscheidung zu Grunde zu legen sei. Es bedarf also trotz des Princips der Persönlichkeit des Rechts für die ältere Zeit noch der Untersuchung, welches Recht bei einer Collision verschiedener Rechte zur Anwendung kommen müsse. Sie ist für die ältere Zeit von um so größerer Wichtigkeit, als in Folge der Völkerwanderung und der späteren Kriege die Mitglieder der verschiedenen Stämme vielfach mit einander in Berührung traten und in einzelnen Ländern, besonders in Italien, bunt durch einander wohnten.

Am einfachsten haben sich die burgundischen Könige zu helfen gesucht, indem sie den Schwierigkeiten für den bei ihnen wichtigsten Fall, daß nämlich Burgunder und Römer mit einander im Streite sind, eigentlich aus dem Wege gingen: es solle dann burgundisches Recht, das Recht des herrschenden Stammes, zur Geltung kommen, während bei Streitigkeiten der Römer unter einander römisches

1) Ausgeschlossen werden von der Untersuchung die Fragen, wann bei den einzelnen Stämmen die Persönlichkeit des Rechts aufgekommen sei, ob sie bei allen deutschen Stämmen gegolten habe, oder ob sie von den Franken den andern Völkern zugebracht sei.

Recht entscheide. Es heißt in der sog. praefatio secunda der Lex Burgundionum, einem Gesetze Sigismunds:

Omnes itaque administrantes judicia secundum leges nostras .... inter Burgundionem et Romanum a praesenti tempore judicare debebunt. ..... Inter Romanos vero ..... Romanis legibus praecipimus judicari.

Und ähnlich heißt es in einem Gesetze Sigismunds aus dem Jahre 517 (bei Bluhme in diesem Jahrbuch I. S. 83. N. 114) mit Bezug auf die Aussetzung von Kindern:

Ut inter Romanos etiam de hoc negotio lege Romanorum ordo servetur, inter Burgundiones et Romanos exortum tale litigium, qualiter a nobis statutum fuerit, finiatur.

L. Burg. tit. 55. § 2 gestattet dem Burgunder bei Prozessen über seinen Grundbesitz sich auch des römischen Rechts zu bedienen.[2]

Wir stellen die Grundsätze der übrigen Volksrechte, besonders des fränkischen, zusammen:

1) Der Angegriffene vertheidigt sich nach seinem Recht; nach demselben wird überhaupt entschieden, ob er schuldig ist oder nicht, ob frei oder unfrei u. s. w.

L. Rib. 31. § 3: Hoc autem constituimus, ut infra pagum Ripuarium tam Franci, Burgundiones, Alamanni, seu de quacunque natione commoratus fuerit, in judicio interpellatus, sicut lex loci continet, ubi natus fuerit, sic respondeat.

Sachße (Beweisverfahren nach deutschem Recht S. 33) findet in dieser Stelle es ausgesprochen, daß der Beklagte sich mit dem Eide seiner Mitbürger reinigen solle. Ein bestimmter Anhalt dafür fehlt, jedoch enthält die Stelle, daß die Zahl der Mitschwören-

---

2) Vgl. Gaupp, Ansiedlungen und Landtheilungen S. 261 ff. — Jene Bestimmungen entsprechen den sonstigen Nachrichten über die Politik der burgundischen Könige, beide Völker einander zu nähern und zu einer Nation zu verschmelzen; vgl. Bluhme a. a. O. S. 71 ff.

den nach seinem Recht zu bemessen ist. Daß die Mitschwörenden derselben patria angehören mußten, wird durch Bestimmungen der fränkischen Könige geradezu geleugnet; sie, welche in ihrem Reiche, besonders in Italien, Unterthanen der verschiedensten Nationen vereinigten, mußten es als ihre besondere Aufgabe erkennen, für Streitigkeiten von Parteien verschiedener Nationalität Normen über das anzuwendende Recht und über die Qualität der Eideshelfer aufzustellen. Capitul. a. 801. c. 10 (Pertz I. p. 84: vgl. Anseg. IV. 71):

> Si quis in aliena patria hubi vel propter beneficium vel propter aliam quamlibet occasionem assidue conversari solet, de qualibet causa fuerit interpellatus, verbi gratia de conquisito suo vel de mancipiis, hibi secundum suam legem justitiam faciat, et cum talibus conjuratoribus, quales in eadem regionem vel provintia secum habere potuerit, legitimum sagramentum juret; excepto si quis eum de stato suo, id est de livertate sua vel de hereditatem quam ei pater suus moriens derelinquid appellaverit: de is duobus liceat illis sagramentum in patria, id est in legitimo sui sagramenti loco, jurandum offerre.

Nur da, wo es sich de statu und de hereditate handelt, schwört er den Eid in legitimo sui sacramenti loco und daher auch mit Eideshelfern seiner Nation.[3]

Schon vorher hatte Karl d. Gr. bestimmt (Cap. a. 783. c. 4. Pertz I. p. 46):

> De ... statu ingenuitatis aut aliis querelis, unusquisque secundum suam legem se ipsum defendat.

Am genauesten ist seine Vorschrift Cap. a. 813. c. 6. (Pertz I. p. 192):

> Sicut consuetudo nostrorum est, ut Langobardus vel

---

3) Die nationale Gleichheit ergiebt sich schon daraus, daß die Eideshelfer ursprünglich nicht bloß Standes- und Stammesgenossen des Schwörenden, sondern Mitglieder seiner Familie im engern Sinne waren, vgl. besonders Siegel Gerichtsverfahren I. S. 183 ff.

Romanus si evenerit, quod causam inter se habeant, observamus ut Romanus populus successionem eorum juxta suam legem habeant. Similiter et omnes conscriptiones juxta suam legem faciant. Et quando jurant, juxta suam legem jurent. Et quando componunt, juxta legem, cui malum fecerint, componant. Et de Langobardis similiter convenit componere. De caeteris vero causis communi lege vivimus, quod domnus Karolus rex Francorum atque Langobardorum in aedicto adjunxit.

Nach dem persönlichen Recht richten sich das Erbrecht einer Person, ihre conscriptiones, d. h. ihre Verträge*, die Eidesleistung, insbesondere deren Form, die Zahl der Eideshelfer u. s. w.[4]

2) Wenn nun nach dem Recht des Beklagten entschieden war, ob er schuldig ist oder nicht, ob er eine Buße zahlen soll oder nicht, so wird die Höhe dieser Buße nach einigen Rechten gleichfalls nach der Lex des Angeschuldigten resp. Verurtheilten bemessen.

a. Dies ist entschieden nach folgenden Rechten der Fall:

L. Rib. 31. § 4: Quod si damnatus fuerit, secundum legem propriam, non secundum Ripuariam damnum sustinet; 61 § 2: Quod si (sc. Romanus) aliquid criminis admiserit, secundum legem Romanam judicetur.

Capit. a. 779. c. 10 (Pertz I. p. 36): De eo qui perjurium fecerit, nullam redemptionem, nisi manum perdat. Quod si accusator contendere voluerit de ipso perjurio stent ad crucem. Et si jurator vicerit, legem suam accusator emendet. (Dasselbe enthält die andere Redaktion dieses Capitulare in cap. 11, Pertz I. p. 37).

Welche Partei fälschlich die andere des Meineides beschuldigt,

---

*) conscriptio = Charta, Contractus, Libellus, cf. Du Cange, s. h. v.

4) Daß de caeteris causis sich besonders auf das öffentliche Recht bezieht, vgl. Hegel Geschichte der Städteverfassung von Italien II. S. 6. N. 1. Auch hat Waitz Verfassungsgeschichte III. S. 305. N. 2. wohl darin Recht, daß dieser letzte Satz die Bemerkung eines Juristen sei.

legem suam ..... emendet, d. h. soll ihr Wergeld bezahlen.[5] — Cap. de villis c. 4 (Pertz I. p. 181): die Franken sollen bestraft werden secundum legem eorum.

b. Nun giebt es aber auch eine Zahl von Gesetzesstellen, nach welchen gerade umgekehrt die Strafe nach dem Recht des Verletzten bemessen werden sollte.

Cap. a. 783. c. 4 (Pertz I. p. 46): pro satisfactione hominis illius, contra quem culpavit, secundum ipsius legem, cui neglegentiam commisit, emendet.

Cap. a. 813. c. 6 (Pertz I. p. 196): juxta legem, cui malum fecerint, componant.

In der Lex Salica tit. 14. § 1—3 wird die Buße für den Raub verschieden bestimmt, je nachdem das Verbrechen gegen einen Franken oder einen Römer verübt war. Dafür daß da, wo es sich um die Strafe für die Tödtung handelt und ein Wergeld wegen derselben zu zahlen ist, die Höhe desselben nicht nach dem Recht des Verbrechers, sondern des Verletzten, des Getödteten bemessen wird, — dafür brauche ich bei der allgemeinen Anerkennung dieses Satzes und bei seiner Begründung aus der Natur der Sache keine weiteren Belege anzuführen. Das Wergeld soll den Werth des erschlagenen Mannes ersetzen; es ist daher selbstverständlich, daß sich dasselbe nach dem Gesetz des Erschlagenen richtet.[6]

Am deutlichsten ist L. Rib. 61. § 2, welche den Römer, welcher ein Verbrechen begeht, secundum legem Romanam bestraft wissen will, aber doch auch ein besonderes Wergeld für den Romanus hinzufügt, welches dann zu zahlen ist — es kommt hier also das

---

5) Der Schluß des cap. 10 in der zweiten Redaktion (Pertz I. p. 37): De cujus causa perjurium fecerit, sicut lex loci illius, ubi perjurium factum est, a longo tempore fuit, de eorum pretium emendare studeat, scheint darauf hinzudeuten, daß wir in dem betreffenden Capitel die Entscheidung eines speciellen Falles oder ein Weisthum, kein eigentliches Gesetz haben. Es wiederholt die Bestimmung, welche an dem Orte, ubi perjurium factum est, längst in Übung war.

6) Zum Überfluß vgl. noch L. Sal. 41, L. Rib. 36. § 3, 4.

Recht des Verletzten in Betracht, — wenn es sich um eine Tödtung handelt.

Nun ergiebt sich aber aus den eben angeführten Stellen, daß nicht bloß bei Tödtungen, sondern auch bei andern Rechtsverletzungen sich die Buße nach der Person des Verletzten bestimmt.

Wir befinden uns hier in einem Widerstreit einander entgegenstehender Principien; die Strafe und Buße richtet sich bald nach dem Recht des Verbrechers, bald nach dem des Verletzten. Eine Vereinigung derselben erscheint mir aber doch nicht unmöglich. Die Bestimmung, daß das Wergeld sich nach der Person des Verletzten richtet, deutet darauf hin, daß, wo die Composition mehr den Charakter der Sühne, der Privatbuße, als der Strafe hat, ihre Größe sich nach der Person dessen richten muß, gegen welchen die Verletzung begangen ist, daß die ihm oder seiner Familie gebührende Genugthuung auch von seinem Recht abhängig ist. Wo dagegen die Composition mehr auf den Verbrecher zurückbezogen wird, und weniger der Verletzte eine Genugthuung erhalten, als der Verbrecher seinen Frevel büßen soll, entscheidet das Recht des Verbrechers: nach diesem wird bemessen, wie schwer die rechtsverletzende Handlung zu bestrafen ist.[7]

---

7) Aus den angeführten Quellenstellen ergiebt sich auch, daß Rogge Gerichtswesen der Germanen S 57 f. Unrecht mit seiner Behauptung hat, daß in Italien das Recht des Beleidigten, im übrigen Frankenreiche das Recht des Beleidigers entschieden habe. Dieselben Reichsgesetze werden gleichmäßig, ohne eine Änderung in dieser Richtung zu erfahren, in der Lombardei und dem übrigen Frankenreiche publicirt. — Daß sich kein Princip finden läßt, sagt Wilda Strafrecht der Germanen S. 372: Eine Menge von Missethaten „sollten nach den gesetzlichen Bestimmungen mit dem Wergelde, und zwar bald des Verletzten, bald des Schuldigen, ohne daß sich dafür, wenn man das Eine oder Andere gewählt hat, eine feste Regel auffinden läßt, gebüßt werden." Für meine Meinung möchte ich mich darauf berufen, daß bei Strafen oft nicht bloß die Nationalität, sondern auch der Stand des Verbrechers entscheidet und die Strafe verschieden für den nobilis, ingenuus und litus bestimmt wird. Beispiele dafür sind aus der ältern Zeit Cap. a. 757. c. 23, a. 785. c. 19—21, a. 794. c. 5, a. 797. c. 3 u. 5, a. 802. c. 17 (Pertz I. p. 29, 49, 72, 76, 105) u. s. w.; ebenso auch in der spätern Zeit. Vgl. auch Grimm Rechts-

In einem entschiedenen Gegensatz gegen die bisher beobachteten Grundsätze, nach welchen bei der Strafzumessung entweder das Recht des Verletzten oder des Verbrechers zu Grunde gelegt wird, steht die Lex Saxonum in zwei alten Texten:

§ 23. Qui homini ad ecclesiam vel de ecclesia die festo pergenti ..... insidias posuerit, eumque occiderit, capite puniatur, si infra patria fuerit, sin autem in quali loco, secundum illorum legem.

§ 35. 36. Qui in re qualicumque .... trium solidorum pretium furto abstulerit capite puniatur ..... de hac re quod superius dictum est de furtu qui infra patriam furaverit aliquid unde morire debet; si foris patrie hoc fecerit, non moriatur, sed secundum illorum legem ubi factum fuerit, conponat.

Die Lex Saxonum giebt das Princip der Persönlichkeit ganz auf und läßt das Recht des Landes entscheiden, in welchem das Verbrechen begangen wurde. Nur wenn der Mord, der Mordversuch, der Diebstahl in Sachsen (infra patria) erfolgte, will die Lex Saxonum entscheiden; dagegen wird das an andern Orten begangene Verbrechen nach der Lex delicti commissi gerichtet.[8]

3) So wie das Gericht bei Entscheidung von Streitigkeiten und bei dem Urtheil über Verbrechen nicht sein eigenes Recht, nicht das Recht des Landes, sondern das Recht der Personen, des Klägers oder Beklagten zur Anwendung brachte, so wurden nach diesem Recht auch die Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgenommen. Dies tritt am deutlichsten mit Bezug auf Grundstücke und

alterthümer S. 658 und Waitz Verfassungsgeschichte II. S. 179 N. 1, S. 180 N. 1. Mit unserer obigen Auffassung stimmt auch die Bemerkung von Grimm S. 659 überein: „Bei Verletzung an Leib und Leben scheint sich die Taxe nach dem Verletzten, bei der am Vermögen nach dem Verletzenden zu richten."

8) Andere Stellen, nach welchen bei Verbrechen die lex loci entscheidet, vgl. bei Waitz III. S. 296 N. 4. Doch sprechen dieselben nicht so deutlich, weil es hier noch immer die Frage bleibt, ob sie in dem speziellen Sinne verstanden werden dürfen, daß das persönliche Recht nicht zur Anwendung kommen solle.

ihre Auflassung hervor. Während das spätere Recht es als einen ganz allgemein geltenden Grundsatz aufstellt, daß Rechte an Grundstücken nach der Lex rei sitae zu behandeln und zu begründen seien, wurde in früherer Zeit, so lange noch die Persönlichkeit des Rechts galt, die Auflassung nach dem persönlichen Recht des Auflassenden vorgenommen. Es wirkte also ein Verzicht, eine Uebertragung nur, wenn sie der Verzichtende, der Uebertragende den Vorschriften seines Rechts angepaßt hatte; es wechselte gewissermaßen das Grundstück mit jedem neuen Besitzer auch sein Recht.

Cap. a. 817. c. 6 (Pertz I. p. 211 = Anseg. IV. c. 18): Si quis res suas pro salute animae suae, vel ad aliquem venerabilem locum, vel propinquo suo, vel cuilibet alteri tradere voluerit, et eo tempore intra ipsum comitatum fuerit, in quo res illae positae sunt, legitimam traditionem facere studeat. Quod si eodem tempore, quo illas tradere vult, extra eundem comitatum fuerit, ... adhibeat sibi vel de suis pagensibus, vel de aliis, qui eadem lege vivant qua ipse vivit, testes idoneos; vel si illos habere non potuerit, tunc de aliis quales ibi meliores inveniri possint; et coram eis rerum suarum traditionem faciat.

Derjenige, welcher in der Fremde, d. h. nicht am forum rei sitae sein Grundstück Jemanden auflassen will, soll als Zeugen hinzuziehen entweder Gaugenossen oder wenigstens solche, qui eadem lege vivant, qua ipse vivit. Da man Zeugen verlangt von demselben Stamm, zu welchem der Auflassende gehört, nicht aus dem Lande, in welchem das Grundstück liegt, dürfen wir schließen, daß nicht nach den Regeln der Lex rei sitae, sondern nach dem persönlichen Recht die Auflassung selbst erfolgte. In der Regel wird die Lex rei sitae mit der Lex, qua ipse vivit zusammenfallen; sind sie aber verschieden, so läßt jene Bestimmung Ludwigs d. Fr. keinen Zweifel, daß das persönliche Recht zur Anwendung zu bringen war. Weitere Belege für diese Auffassung sind z. B.:

Kraut Grundr. §. 97. N. 24: constat, me A.... ex natione Baiubaria secundum meam Baiubariorum legem per festucam et gazonem et per ramos de arboribus et per ostium domorum vendidi et manibus meis tradidi atque investivi tibi.

Moriondus Mon. Aquensia I. p. 14. N. 23. a. 1078: Irmilla ... juxta legem meam salicam per cultellum festucam nodatam Wantonem et gasonem terrae atque ramum arboris ad ipsam .... exinde legitimam facio traditionem.

Formula Langob. N. 9 (Walter III. p. 551): Nachdem verschiedene Formeln für die Uebergabe angegeben sind: Si est Romanus, similiter dic. Si est Robuarius, si est Francus, si est Gothus, vel Allemannus venditor pone cartam in terra et super cartam mitte cultellum, festucam nodata, vuantonem, vuasonem terre, et ramum arboris, et atramentarium et Alamanni Vuandelabc, et levet de terra. Et eo cartam tenente, dic tradictionem, ut supra diximus, et adde in istorum carta et Baioariorum et Gundebaldorum, nam in Gundebalda et Baioaria non ponitur insuper cultellum u. s. w. Vgl. auch form. Langob. No. 15.

Besonders wichtig ist die Bestimmung im Capit. a. 819 c. 8 (Pertz I. p. 227), daß die Vögte das Kirchengut vertheidigen sollen eadem lege, qua ipsi vixerunt, qui easdem res ecclesiis condonaverunt, ein Satz, welcher unmöglich wäre, wenn für Grundstücke bereits das Princip von der Beständigkeit und Unveränderlichkeit des für sie anzuwendenden Rechts gegolten hätte.[9]

Durch diese Ausführung wird Platner histor. Entwickelung II. S. 285 widerlegt: „diese Regel für den Grundbesitz (daß er nach

9) Dagegen wird in der bei Waitz IV. S. 335 N. 1 mitgetheilten Nachricht es ausgesprochen, daß das Kirchengut dem römischen Recht unterworfen sei.

dem Landesrecht beurtheilt wird) hat sich sicherlich schon gleichzeitig mit dem Grundsatz der persönlichen Rechte gebildet; denn sie ist eigentlich im Grunde genommen nichts anderes, als gleichsam ein Ausfluß von der Persönlichkeit des Grund und Bodens."

Freilich fiel in den bei weitem meisten Fällen das persönliche Recht des Besitzers mit dem Recht des Landes, in welchem das Grundstück liegt, zusammen und es kann daher vielfach auch die lex rei sitae als das angewandte Recht erscheinen. Ueberdies sehen wir, daß auch auf die lex rei sitae Rücksicht genommen wurde und bei Auflassungen dieselbe mit ihren Formen neben dem Recht des Landes zur Anwendung gelangte; z. B.:

Kraut § 17 N. 37. a. 1024: fecit abnegationem praedii ..... quod est situm in Wedereiba ..... primo ... secundum morem Saxonum ... et deinde ... more Francorum.

Bisweilen mochten auch die mehreren Auflassungen ihren Grund darin finden, daß ein Grundstück auf der Grenze zweier Gebiete, welche von verschiedenen Rechten beherrscht wurde, oder in einem Lande lag, in welchem Leute verschiedener Nationalität durcheinander wohnten, so daß kein Recht als allgemein herrschendes Landesrecht angesehen werden konnte; z. B.

Lacomblet I. No. 65. a. 855: in pago Hamulande ... necnon in Batwe ... secundum legem ripuariam et salicam nec non secundum ewa fresonum.[10]

Kleinmayrn Nachrichten von Juvavia Urk. S. 287. a. 1058: Ut donatio et oblatio illa firma et legitima esset, reliquit earum rerum vestituram cartamque ipse Fridericus ..... dedit scriptam et confirmatam secundum legem Longobardorum et Baioariorum.

---

10) Vgl. Waitz Salisches Recht S. 63: „Nördlich der Maas im Hamuland und in der Betuwe, wo die Grenzen der Friesen und Ripuaren sich berührten und von wo einst die Salier ausgegangen waren, galten auch die Rechte der Völker neben einander."

4) Auch für den Erwerb und Verlust von Mobilien kommen die Grundsätze des Volksrechts zur Anwendung und es wird daher bei einer Vindikation die Frage, ob der Kläger Eigenthum habe, ob sein Recht etwa bereits verjährt sei, nach dem Volksrecht des Klägers beurtheilt; vgl. Cap. a. 801. c. 8. Pertz I. p. 84.[11]

5) Die Beerbung richtet sich nach der Person dessen, welcher beerbt werden soll, Cap. a. 813. c. 6. Pertz I. p. 192; insbesondere ergiebt sich auch nach seinem Recht, ob seine Dispositionen über das Vermögen Gültigkeit haben.[12]

6) In älterer Zeit scheint bei Abschließung von Ehen (desponsare, accipere, donare) das Recht des Mannes beobachtet zu sein. Wir schließen dies aus c. 1. X. IV. 1. (vgl. mit Conc. Tribur. a. 895. c. 39), wo ein Ehemann darin einen Grund zur Ehescheidung oder Vernichtung der Ehe zu finden glaubt, daß er sich bei deren Eingehung nicht seines eigenen, sondern des Rechts seiner Frau bedient habe. Die Kirche trat dagegen für die Erhaltung der geschlossenen Ehe in die Schranken und erklärte, es sei für ihre Rechtsgültigkeit gleichgültig, ob sie nach dem Recht des Mannes oder dem der Frau abgeschlossen sei.[13]

Auffallend und mit den bisher erörterten Principien nicht vereinbar ist die Bestimmung eines Gesetzes Karls d. Gr.

---

11) Beiläufig gedenke ich der Stelle der L. Burg. add. II. § 2, welche nach Bluhme's (Jahrbuch V. S. 209, 215) Restitution jetzt lautet: quicunque servum suum aut ancillam de regione nostra in sortem alienam vendiderit. Ist diese Lesart richtig (Waitz Gött. Gel. Anz. 1861. S. 2028 ist für die von Bluhme verworfene Conjektur: amore patriae), so würde also im allgemeinen bei Verkäufen der Ort des Geschäfts entscheiden.

12) Die genaueren Consequenzen ziehen die Commentatoren der Lombarda, vgl. Anschütz Lombarda Commentare II. 56.

13) c. 1. X. IV. 1: De Francia nobilis quidam homo nobilem mulierem de Saxonia legum Saxonum duxit in uxorem .... Verum quia non eisdem utuntur legibus Saxones et Francigenae, caussatus est, quod eam non sua, id est non Francorum lege desponsaverat, vel acceperat vel donaverat: dimissaque illa aliam superduxit. Diffinivit super hoc sancta synodus, ut ille transgressor evangelicae legis subjiciatur poenitentiae, et a secunda conjuge separetur et ad priorem redire cogatur.

Cap. a. 802. c. 48 (Pertz I. p. 101): Ut comites et judices confiteantur, qua lege vivere debeant, et secundum ipsam judicent,

da hier zur Bestimmung des anzuwendenden Rechts nicht von den Personen, welche sich im Gericht gegenüberstehen, sondern von den dem Gericht präsidirenden Beamten, resp. den Urtheilern der Ausgang genommen wird.

II. Die Ausbildung der Territorialität des Rechts.

Nachdem die Völker zur Ruhe gekommen und feste Sitze gewonnen hatten, und nicht mehr in größeren Massen sich in fremden Ländern niederließen, mußte allmählich nach einigen Jahrhunderten die Persönlichkeit des Rechts in dessen Territorialität übergehen. Die Territorialität besteht nun aber nicht etwa darin, daß der Richter in allen Fällen nur nach dem Recht seines Landes (jus provinciae, consuetudo terrae) entscheidet und, wo es sich um Rechtsverhältnisse von Personen aus andern Gerichtssprengeln handelt, das in diesen geltende Recht ganz unberücksichtigt läßt, sondern vielmehr darin, daß die Frage, welchem Stamme eine Person angehöre, und daher auch, welches Recht für sie im allgemeinen zur Anwendung komme, nicht danach beantwortet wird, von welcher Abstammung ihre Vorfahren waren, sondern danach, zu welchem Staate, zu welcher Gemeinde sie gehört.

Für alle, welche in demselben Lande, in derselben Gemeinde dauernd lebten, entwickelte sich auch ein gemeinsames Recht, welches sich wesentlich an das Recht der Hauptmasse der Bewohner, des vorherrschenden Stammes anschloß und wenig dadurch alterirt wurde, daß dazwischen auch Personen anderer Stämme wohnten. So vergaß man allmählich die fremde Abstammung. In älterer Zeit wurde ein Franke oder Schwabe, welcher nach Sachsen eingewandert war, noch immer als Franke oder Schwabe angesehen und lebte in Sachsen nach fränkischem oder schwäbischem Recht. Mochte er in seiner Gemeinde oder irgendwo in der Fremde zu Gericht stehen, immer kam fränkisches oder schwäbisches Recht zur Anwendung

Dasselbe galt für alle Nachkommen der Eingewanderten; obgleich im sächsischen Lande geboren, galten sie doch wegen der Abstammung als Franken oder Schwaben.

Aber nach einer Reihe von Generationen mußte das Andenken an die fremde Abstammung immer mehr verblassen und endlich ganz verschwinden; wenn man nicht genaue Tabellen über die Verwandtschaftsverhältnisse und die Nationalität der einzelnen Personen anlegen wollte, war es unmöglich die Persönlichkeit des Rechts aufrecht zu erhalten. Sie konnte nur als eine Uebergangsperiode zur Territorialität erscheinen. Hatten die Ahnen seit undenklicher Zeit in Sachsen gewohnt, so mußten endlich die Nachkommen des fremden Stammes, welche nur vereinzelt unter der großen Masse der Sachsen wohnten, ihre Stammeseigenthümlichkeit vergessen und aufgeben: sie erscheinen jetzt als Sachsen und leben nach sächsischem Recht; sie werden nicht mehr nach dem Recht ihrer Abstammung, sondern nach dem Recht ihres Landes, ihrer Gemeinde beurtheilt.[14]

Wenn dies nun im allgemeinen richtig ist, so bedarf es doch auch der Erörterung einzelner Fälle, in welchen das Recht der Abstammung seine Bedeutung behält.

1. Wenn sich in einem Lande eine große Anzahl von Leuten eines andern Stammes ansiedelt und eine besondere lokale, geschlossene Gemeinde bildet, so sehen wir in derselben das Recht der Fremde fortbestehen. Es nimmt das Festhalten an diesem Recht seinen Ausgang daher, daß die Gemeindemitglieder einer andern Nationalität angehören; in der Folgezeit dürfen wir dasselbe aber nicht als Ausfluß der Persönlichkeit des Rechts, sondern vielmehr der Territorialität desselben auffassen. Es besteht hier eine ganze Gemeinde fremder Nationalität, in welcher sich der fremde Stamm immer weiter fortpflanzt; wir haben es also mit einem partikulären oder lokalen Territorialrecht zu thun im Gegensatz zu dem, welches in einem größern Kreise, in einem ausgedehnten Landstriche gilt, welchen im wesentlichen eine Bevölkerung desselben Stammes bewohnt.

14) Homeyer Hantgemal S. 49, 50.

Dies ist z. B. der Fall für die Colonie der Schwaben, welche sich in Sachsen im sog. Nordschwabengau niedergelassen hatte. Der Verfasser des Sachsenspiegels gedenkt ihrer öfter und erwähnt, daß sie in manchen Beziehungen nach schwäbischem und nicht nach sächsischem Recht lebten, und daß sie bei Urtheilsberufungen sich nach Schwaben wendeten.

Aehnlich geschah es bei der Colonisation und Germanisirung slavischer Länder durch sächsische und niederländische Anbauer. In den in Besitz genommenen Landstrecken galt an sich slavisches Recht. Aber die deutschen Bauern und deutschen Ritter waren den slavischen Einwohnern überlegen; sie behielten nicht bloß in dem fremden Lande ihr Recht,[15] sondern brachten es allmählich auch dahin, daß das fremde, das deutsche Recht über das slavische den Sieg davon trug und entweder den Charakter des allgemeinen Landesrechts gewann, oder wenigstens daß sich ein alle Stämme umfassendes gemeinsames Recht entwickelte.

2. Als eine wahre Ausnahme von der Territorialität, welche noch in die neueste Zeit ihre Wirkung erstreckt, ist es anzusehen, daß die Juden zum Theil ihr jüdisches Recht behalten, d. h. ihr Recht,

15) In dem ältesten Privileg für Prag c. a. 1065 (Rössler Prager Stadtrecht S. 188) heißt es: concedo itaque eisdem Theutonicis vivere secundum legem et justiciam Theutonicorum, und weiter § 13: Quicunque advena vel hospes, de quacunque terra veniens, cum Theutonicis voluerit manere in civitate, legem et consuetudinem Theutonicorum habeat. — Ueber das flämische Recht niederländischer Colonisten in slavischen Gegenden vgl. Rössler a. a. O. S. XIV, XV N. 1, Brünner Recht S. VIII, IX, C ff. — Ueber deutsches Recht und deutsche Colonisation in slavischen Ländern vgl. Rössler Prager Stadtrecht S. XXIX ff. in der Note, Brünner Recht S. XVI ff., XXI ff., C ff. — Besonders interessante Nachrichten besitzen wir in dieser Beziehung für Schlesien: Urk. Heinrichs I. a. 1221 in Betreff der von deutschen Colonisten bewohnten Besitzungen des Augustinerstifts zu Breslau (Stenzel Urkundensammlung N. 5): Graves causas nos judicabimus ..... jure tamen Teutonicali. Ceterum vero si inter hominem ville alterius dominii gravis cause altercacio fuerit, coram nobis .... litigare debebunt, quemlibet vero eorum suo jure uti volumus. — Uebereinstimmend a. 1228 Stenzel Nr. 10 und Nr. 12. — Vgl. auch Nr. 9 a. 1226.

wie es zum Theil auf den mosaischen Bestimmungen und dem Talmud beruht, zum Theil sich aber auch in Deutschland selbst durch Privilegien der Kaiser und Landesherren als jüdisches Recht fortgebildet hat.[16] Auch wenn ihre Vorfahren seit Jahrhunderten an demselben Ort gewohnt haben, hören die Juden nicht auf Juden zu sein; sie gelten als Fremde und können nicht das Recht der Gemeinde, des Landes in vollstem Maße für sich in Anspruch nehmen. Ebenso wie die Deutschen zur Zeit der Persönlichkeit des Rechts ihr ihnen angestammtes Recht mit Zähigkeit und Eifersucht festhielten, selbst wenn sie in einem fremden Lande wohnten, mußte der Jude sein nationales Recht behalten und gelangte, allerdings hauptsächlich in öffentlich rechtlicher Beziehung, nicht zum vollen Genuß des Landesrechts.

Wir haben geglaubt, so ausführlich unsere Auffassung von dem territorialen Recht und seinem Gegensatz zum Princip der Persönlichkeit darstellen zu müssen, weil dieselbe in der Literatur nicht überall gleichmäßig anerkannt wird. Insbesondere geben einige Aeußerungen und Citate bei Walter Rechtsgeschichte § 314 N. 8—13 und bei Gaupp Ansiedlungen S. 254 noch zu einer weiteren Prüfung Veranlassung.

Wenn die Frage aufgeworfen wird, wann das Princip der Territorialität das der Persönlichkeit in Deutschland verdrängt hat, läßt sich darauf keine ganz bestimmte Antwort geben, ja selbst nicht einmal das Jahrhundert bestimmen. Die einzige Behauptung, welche ich aufstellen kann, ist, daß in dem Sachsenspiegel bereits das Princip der Territorialität durchgedrungen ist.

Nun sagt aber Walter a. a. O. N. 8: „Persönlichkeit des

---

16) Zu den ältesten Bestimmungen dieser Art gehört Heinrichs IV. Privileg für die Juden zu Speier a. 1090, bei Remling Urkundenbuch zur Geschichte der Bischöfe von Speier S. 65: Quodsi christianus contra judaeum vel judaeus contra christianum litem aliqua pro re vel contentionem habuerit, uterque prout res est, secundum legem suam justitiam faciat; quodsi judaei litem inter se ... habuerint discernendam, a suis paribus et non aliis convincantur et judicentur.

Rechts nach der Abstammung gilt auch nach dem Sachsenspiegel I. 30, III. 33. § 2. 5," vgl. auch Zöpfl Rechtsgeschichte S. 240. Nr. 16. Wir greifen der folgenden Erörterung der einzelnen Principien über die Collisio statutorum vor, indem wir schon hier diese Stellen des Sachsenspiegels interpretiren. Also zunächst Sachsenspiegel I. 30:

> Jewelk inkomen man untveit erve binnen deme lande to sassen na des landes rechte unde nicht na des mannes, he si beier oder svaf oder vranke.

Es heißt hier: ein Fremder, Baier, Schwabe oder Franke, erhält in Sachsen Erbe — wir lassen es hier unentschieden, was erbe untvan bedeute — nicht nach seinem persönlichen Recht, sondern nach sächsischem Landrecht. Walter hat sich nicht genauer erklärt, wie er diese Stelle interpretire und aus ihr die Persönlichkeit des Rechts deduciren wolle. Wir wenden uns daher zu Gaupp, welcher mit Walter derselben Ansicht ist und diese Stelle in der Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. XIX. S. 163 ausführlich erörtert hat.

Gaupp erklärt es für unentschieden, ob der inkomen man nur vorübergehend wegen des Empfanges des Erbe nach Sachsen gekommen ist, oder ob er dort für die Dauer seinen Wohnsitz genommen hat, neigt sich aber mehr zu der letzteren Annahme hin; auch ich erkläre mich für dieselbe, mit besonderer Rücksicht auf III. 32. § 1.[17] Unter dem mannes rechte versteht Gaupp nicht das Territorialrecht dessen, welcher das Erbe empfängt, sondern sein persönliches Recht; unter dem Baiern, Schwaben und Franken sei nicht Jemand aus Baiern, Schwaben oder Franken gemeint, sondern ein Mann, dessen Vorfahren Baiern, Franken oder Schwaben waren und von welchem es gleichgültig ist, wo er selbst seinen Wohnsitz genommen hat. Er sagt, nach der von ihm verworfenen Ansicht solle „das Recht des schwäbischen Mannes u. s. w. mit schwäbischem

17) Svelk inkomen man sik vri seget, den sal men vor vri halden, man ne moge ine mit getüge verlecgen.

Territorialrecht gleichbedeutend sein, was doch sicher für eine sehr auffallende Bezeichnung gelten müßte." Ich gestehe nun, daß ich nichts Auffallendes darin finden kann, wenn man einen aus Baiern gebürtigen Mann auch einen Baier nennt, und wenn man bei der Frage, ob in Rechtsverhältnissen eines solchen Baiern vor sächsischen Gerichten bairisches oder sächsisches Recht gebraucht werden solle, erklärt, es solle nicht des Mannes Recht, nicht des Baiern Recht, d. h. nicht bairisches Recht zur Anwendung kommen.

Gaupp fährt S. 164 fort: „daß des Landes Recht in der Bedeutung von Volks- oder Stammrecht genommen wird, kann, wie sich gleich noch näher zeigen wird, nicht befremden; aber daß des Mannes Recht so viel wie Land- oder Territorialrecht heißen sollte, dürfte sehr unwahrscheinlich sein." Ich glaube, es ist von Gaupp der Gegensatz nicht richtig angegeben worden: des Mannes Recht soll nicht so viel bedeuten, wie Landrecht oder Territorialrecht, — dies wäre in der That eine Unmöglichkeit. Aber wohl kann des Mannes Recht so viel heißen als das einem Manne in Folge seiner Geburt in einem bestimmten Lande zukommende Recht, das Territorialrecht in seiner Anwendung auf eine bestimmte Person, für welche es dann überhaupt deren Recht ist. Unsere Abweichung von Gaupp liegt also darin, daß er unter Mannes Recht das einem Manne in Folge seiner Abstammung von einem bestimmten Geschlecht zukommende persönliche Recht versteht, während unserer Meinung nach dasselbe bezeichnet das einem Manne in Folge seiner Geburt in einem gewissen Lande gebührende Recht.

Daß unsere Auffassung in der That die der alten Deutschen selbst war, und daß jene von Gaupp verworfene Erklärung den Quellen entspricht, lehrt einfach die Vergleichung jener Stelle des Sachsenspiegels mit Deutschensp. 33, Schwabensp. 33, Ruprecht I. 28; hier erfahren wir, was unter Mannes Recht zu verstehen sei: **seines landes recht**; und Gosl. Statt. S. 30 Z. 25 ff.: das Recht des Landes, in welchem er geboren ist.

So lange nicht nachgewiesen ist, daß man zur Zeit des Sachsenspiegels unter einem Baiern unbedenklich auch einen Mann ver-

steht, dessen Vorfahren Baiern waren, welcher aber selbst weder in Baiern geboren ist, noch dort lebt, so lange werden wir an unserer Auffassung auch für den Sachsenspiegel festhalten müssen.

Wir fragen, ob, wenn in einem neuern Gesetzbuche stünde: ein Engländer empfängt in Preußen Grundstücke nach der lex rei sitae, nicht nach seinem persönlichen Recht, Jemand aus diesem Satz und diesem Ausdruck irgend etwas gegen die bei uns geltende Territorialität des Rechts folgern wollte. Und ganz denselben Inhalt und einen durchaus analogen Ausdruck haben wir in jener Stelle des Sachsenspiegels.

Sodann beruft sich Walter auf:

Sachsensp. III. 33. § 2: Jewelk man mut ok antwerden vor'me koninge in allen steden na sime rechte unde nicht na des klegeres rechte; und

§ 5. die koning sal ok richten um egen nicht na des mannes rechte, wan na des landes dar 't inne leget.

Beide Stellen sind ohne alle Beweiskraft, sobald man den Gegensatz von landes und mannes recht und den Sinn von sin recht und klegers recht so auffaßt, wie wir es bei der vorigen Stelle vertheidigt haben. Insbesondere scheint gerade die letztere Stelle für das Territorialrecht benutzt werden zu dürfen, da sie für Grundstücke die lex rei sitae mit Entschiedenheit zur Anwendung bringt, während nach dem ältern Recht, wie wir oben sahen, wenigstens sehr häufig das persönliche Recht des Besitzers zur Geltung kam.

Mit noch weniger Recht beruft sich Zöpfl a. a. O. auf Sachsensp. III. 64. § 3:

Der jegenode is doch genuch binnen deme hertochdume, die sunderlik recht willen hebben, alse holseten unde stürmere unde hedelere.

Wenn hier von besonderen Rechten innerhalb des Herzogthums gesprochen wird, so wissen wir nicht, wie Eike es deutlicher hätte ausdrücken sollen, daß er nicht an persönliches Recht, sondern an besondere Lokal- oder Partikularrechte denkt. Was kann klarer

für unsere Auffassung sprechen, als die Mittheilung, daß einzelne Gegenden in Sachsen ihr besonderes Recht haben?

So existirt denn unserer Meinung nach im ganzen Sachsenspiegel keine deutliche Spur für das Weiterfortbestehen der Persönlichkeit des Rechts, und auch die einer spätern Zeit angehörende Vorrede zu dem Sachsenspiegel „von der Herren Geburt" beweist nicht für dasselbe, sondern nur dafür, daß man bei den Personen hohen Adels damals ebenso wie heute es im Gedächtniß behielt, von wo sie herstammten.

Wir gehen die weiteren Argumente durch, welche für die in späterer Zeit noch fortwirkende Persönlichkeit des Rechts benutzt worden sind. Walter a. a. O. N. 8 führt eine Urkunde v. J. 1094 (Schannat vindem. I. p. 175) an:

Bodo Noricus natione, vivens Bavarica lege.

Daß ein Noricus, d. h. ein Baier, nach Baierrecht lebt, versteht sich von selbst. Die Stelle würde also nur etwas beweisen, wenn zugleich sicher wäre, daß dieser Bodo aus einem altbairischen Geschlecht herstammte, welches außerhalb Baierns lebte, und daß er trotzdem als Baier bezeichnet wird.

Man beruft sich ferner darauf, daß auch noch in späterer Zeit in Deutschland Professiones juris vorkommen und diese Zeugnisse für die Persönlichkeit enthalten; so Walter a. a. O. N. 9, Gaupp Ansiedlungen S. 257 u. Zeitschr. a. a. O. S. 166 ff. Aber es ist hauptsächlich nur eine Urkunde v. J. 1181, welche hier in Betracht kommt:

Heinricus et Wernerus de Stechowe, germani fratres, profitentes se juri Franconum cum progenitoribus suis addictos, possessionem suam in Borsendorpf (zwischen Jena und Dornburg) .... sanctae Mariae in Porta ..... coram Marchione Ottone et provinciali comite Lodevico, in quorum ditione possessio ipsa sita est, jure et judicio Franconum publice contradiderunt. Deinde post aliquod tempus abbas predicti cenobii cum fratribus suis nobis exposuit reclamationem Gerardi ter-

cii fratris junioris ..... dicentis, se Grecum et non Franconem; quem jamdudum cum portione praedii sui justa divisione a se removerant..... Ceterum nos (der Kaiser Friedrich I.) ...... cum sederemus ad judicandum inter principes in Aldenburch, hanc reclamationem jure Franconum prorsus irritam judicavimus.

Indem wir im übrigen auf die interessanten Aeußerungen Gaupp's in der Zeitschrift gegen Michelsen verweisen, bemerken wir, daß unserer Ansicht nach die Urkunde nur beweist, daß Franken nach fränkischem Recht ein Grundstück übertragen, daß also bei der Uebertragung von Grundstücken das Recht des Veräußerers, und nicht die lex rei sitae maßgebend ist. Eine weitere Consequenz vermag ich aus der Urkunde nicht zu ziehen, so lange nicht bewiesen ist, daß die Herren de Stechowe als Franken galten, trotzdem daß sie cum progenitoribus suis außerhalb fränkischen Landes ihren Sitz hatten und doch noch juri Franconum addicti waren. Dies ist nun aber in der That sehr unwahrscheinlich. Denn wenn wir auch keine bestimmte Nachricht über das Geschlecht der Herren de Stechowe mitzutheilen im Stande sind, so dürfen wir sie doch wohl darum als Franken bezeichnen, weil sie in fränkischer Gegend angesessen sind. Die Gegend nämlich um Jena herum, welche zur Herrschaft Lobdenburg gehörte, wurde in älterer Zeit entschieden zu Franken gerechnet; es kann darum nicht auffallen, daß die in derselben angesessenen Herren sich selbst Franken nennen und ihren Grundbesitz nach fränkischem Recht übertragen; es würde also das fränkische Recht sowohl als Recht der Besitzer, wie als Recht der belegenen Sache in Betracht kommen. Die Erklärung selbst aber, welche sie über ihr Recht abgeben und welche in der That in ihrer Form (profitentes se juri Franconum addictos) an die alten professiones juris erinnert, verliert jede befremdende Bedeutung, wenn wir hinzunehmen, daß sich in jenen Gegenden fränkisches und sächsisches Recht begegnen; um so eher konnte in einer kaiserlichen Urkunde Veranlassung genommen werden, zu erwähnen, daß die Besitzer Franken seien und sich des fränkischen Rechts bedienten.

Es findet diese Erklärung in einer zweiten von Gaupp (Ansiedlungen S. 260) gleichfalls für die professiones juris in Deutschland angeführte Urkunde vom Jahre 1278 eine Unterstützung:

> Idem villani requisiti in animas suas, quo titulo, quo jure a suis progenitoribus bona in Loscen ad eos devoluta possederint. Qui respondentes super animas suas, quod eadem bona possedissent ab antiquis temporibus jure et consuetudine Francorum et in presenti possiderent, quod et quam professionem admisit prepositus et suus conventus in Lusenicz de consilio et admittit idem prepositus et suus conventus in Lusenicz in perpetuum eisdem suis hominibus in Lotscen jus et libertatem Francorum, tale jus, quale possident et utuntur homines in terra dominorum et nobilium de Lobdeburch.

Es handelt sich hier nicht um einzelne Personen, welche unter Männern eines andern Stammes angesessen sind und sich zu dem ihnen angestammten Recht noch ferner bekennen, sondern um eine ganze Gemeinde und um eine Gegend, in welcher sich verschiedene Territorialrechte begegnen. Hier war es wichtig festzustellen, nach welchem Recht ein bestimmtes Dorf angesetzt ist, ob nach sächsischem oder nach fränkischem Recht.

Noch weniger Beweiskraft hat die von Walter a. a. O. N. 10 citirte Urkunde a. 1246:

> Civitas ista (Munda) cum in terra Franconica sita sit, jure Francorum fruitur et utitur.

oder der Rechtsbrief für Grünberg in Hessen a. 1272 (bei Gengler S. 175):

> concedimus dilectis civibus nostris in Grunenberg gaudere juribus subscriptis..... Dicunt itaque se Francones esse, et ideo sortiti sunt jus Franconum.

Wenn Münden und Grünberg in Franken liegen und Franken seine Bewohner sind, so ist es selbstverständlich und sowohl dem ter-

ritorialen, wie dem persönlichen Recht entsprechend, daß die Stadt auch nach fränkischen Rechtsgrundsätzen lebt.[18]

Wir haben also aus Deutschland kein Zeugniß gefunden, welches nach den alten Volksrechten das Festhalten am Personalitätsprincip bewiese.[19]

Bei Fürsten scheint man jedoch das persönliche Recht noch zu einer Zeit beobachtet zu haben, in welcher wir sonst keine Spuren desselben mehr entdecken. In einem, wie es scheint, übersehenen Reichsgerichtserkenntnisse a. 1282 (Pertz II. p. 439) heißt es: scire volumus universos, quod ad instanciam spectabilis viri Meinhardi comitis Tyroliensis ..: coram nobis per sententiam est obtentum, quod idem comes cum duobus principibus vel nobilibus de terra montium probare possit et legitime obti-

---

18) Dasselbe ist zu bemerken von den Statuten von Witzenhausen von 1482 (Roth u. v. Meibom Kurheff. Privatr. I. S. 34. Nr. 10): Nachdeme unse Stadt Witzenhausen gelegen ist uff frenckeschem ertriche, sich auch frenckeschеß gerechteß gebrucken schal.

19) In Italien, in Istrien und Tirol erhielt sich länger die Persönlichkeit des Rechts, hauptsächlich wohl darum, weil hier die Angehörigen der verschiedenen Volksstämme bunter durch einander saßen und wegen der größern Mannigfaltigkeit der neben einander bestehenden Rechte leichter an ihrem besondern Recht festhalten konnten; wogegen in dem eigentlichen Deutschland die unter einer großen Masse desselben Volksstammes hie und da wohnenden Männer abweichender Nationalität schneller zum Aufgeben des ihnen eigenthümlichen Rechts genöthigt wurden. — In Trient finden sich bis in den Anfang des 13. Jahrhunderts hinein und zwar auch mit Bezug auf römisches Recht professiones juris, vgl. Tomaschek über die ältere Rechtsentwickelung der Stadt und des Bisthums Trient 1860 S. 22 f. — Daß die Territorialität des Rechts sich zuerst im westgothischen Reiche ausbildete und die Geltung des römischen Rechts als solchen durch Chindaswind (642—653) völlig beseitigt wurde, ist bekannt; L. Wisig. II. 1. 8 (9). — Nächstdem bildete sich auch in Frankreich die Territorialität heraus. In dem Edictum Pistense a. 864 (Pertz. I. p. 488 ff.) werden die Gegenden unterschieden, in welchen fränkisches und in welchen römisches Recht gilt: in illis autem regionibus, in quibus secundum legem Romanam judicia terminantur, soll die Strafe nach römischem Recht bestimmt werden, c. 13, 16, 20, 23, 31; dagegen heißt es in c. 28: de illis autem, qui secundum legem Romanam vivunt, soll nach römischem Recht gerichtet werden; vgl. auch c. 34.

nere, cui terre attinere debeat, vel cujus terre jure gaudere, et illorum duorum principum sive nobilium dicto stabitur in parte.

III. Die Grundsätze über Anwendung der Rechtsquellen zur Zeit der Territorialität des Rechts.

Wir haben gesehen, wie sich allmählich die Territorialität des Rechts entwickelte, d. h. die Bewohner eines bestimmten Landes oder einer Gemeinde demselben Recht, welches für sie alle galt, unterworfen wurden. Jetzt haben wir zu erörtern, wie die Collisionen verschiedener Rechte dann auszugleichen sind, wenn Personen aus verschiedenen Ländern oder Gemeinden mit einander in einem Rechtsverhältniß stehen, oder Grundstücke in Betracht kommen, an welchen Personen aus der Fremde Rechte geltend machen.

Früher konnten in derselben Gemeinde Collisionen eintreten, wenn sie Leute aus verschiedenen Stämmen in sich vereinigte und deren verschiedene Rechte einander widersprachen; jetzt giebt es Collisionen zwischen dem Landes- oder Ortsrecht des entscheidenden Gerichts und dem Recht fremder Personen, dem Recht der belegenen Sache, dem Recht der Rechtshandlung. Die Regeln dieser Zeit nachzuweisen ist Aufgabe dieses Abschnittes.

A. 1. Die allgemeinste Regel ist, daß der Richter das Recht seines Landes anwendet.

> Görl. Landr. 39. § 5: Vor deme kunige sol ein iegelich man sinis landis recht ime behaldin; vor eime iegelicheme vorstin odir vor eime andirn richtare muz er antwortin nach lantrechte, da er danne inne is.

Auch können wir dafür, daß das Recht des Landes, in welchem Gericht gehalten wird, entscheidet, uns auf Sachsensp. III. 79. § 2 berufen, eine Stelle, welche noch in anderer Beziehung unsere Aufmerksamkeit in Anspruch nehmen wird:

> Nen utwendich man n'is ok plichtich in deme dorpe to antwerdene na irme sunderliken dorprechte, mer na gemeneme lantrechte.

Dasselbe, das Recht des Gerichts entscheidet also auch überall, wo es sich um prozessualische Fragen, z. B. um den Beweis handelt; z. B. Richtst. Landr. 46. § 1:

so secge: her richter, ic bidde ens rechtes, na deme dat hir sessisch recht is, oft me mi umme sodane scult vortugen moge sunder hulpe eines gehegeden dinges. So vintme, he ne moge.

Brünner Schöffenbuch c. 294: Es wird gefragt, ob ein gelobter Friede judicari debeat secundum consuetudinem judicii provincialis, cum ipse dominus A. non judicio civitatis, sed judicio provinciae sit subjectus. Es wird geantwortet, daß das Stadtrecht entscheide: quamvis etiam ipse dominus A. sit de foro judicii provincialis, tamen, cum exercet actum judiciarium juris civitatis, ille secundum emendas, secundum fidejussionem et secundum alia facta quaecunque dirigitur justitia civitatis.

Ebenso sollen bei gerichtlichen Akten die Vorschriften des Gerichts beobachtet werden, vor welchen sie vorgenommen werden: wenn Jemand aus der Fremde nach Lübeck kommt und eine Erbschichtung macht, soll das Lübische Recht zur Anwendung kommen, außer er hätte auswärts gerichtlich erklärt, er wolle das Recht seiner Heimath gelten lassen.[20]

2. Da der regelmäßige Gerichtsstand einer Person ihr Domicil ist,[21] so ergiebt sich aus der ersten Regel, daß der Beklagte regelmäßig nach seinem Recht gerichtet wird; z. B.

---

20) Lübisches Recht der Handschrift T (Hach S. 257; auch übergegangen in das revid. Lüb. R. II. 2. 10): Vöre genich man wanen ute enen andern recht in en Lubesch recht de erfschichtinghe plichtich were unde dede de erfschichtinghe nicht eer he in dat lubesche recht queme, de moste na deme daghe erfschichtinghe dun na lub. rechte, id en were dat id bewaret unde bevorwordet were vor richte edder vor rade eer he in dat lub. recht vur, dat he de erfschichtinghe dun scholde na deme rechte dar he ut ghevaren were. — Vgl. auch Pauli Abhandl. aus d. Lüb. Rechte II. S. 121 f.

21) Vgl. Jahrb. I. S. 433 f.

Emsiger Pfenningsschuldbuch § 2 (v. Richthofen fries. Rechtsquellen S. 194): Wee enen anderen is schuldich yn enen anderen gherichte, ende wil daer umme to rechte gaen, so salmen dat richten nae emesinghe rechte, daer de schuldener is wonachtich.

Das Speierer Privileg von 1090 (vgl. oben N. 16).

Die Behandlung des Schuldners, welcher der Schuld überwiesen ist, aber nicht zahlen kann, richtet sich nach seinem Recht, und nicht nach dem Recht des Klägers (des gastes). Verm. Sachsensp. III. 9. d. 5, Purgoldt VII. 20.

In einem entschiedenen Gegensatz steht der Schaffhäuser Richtebrief a. 1291 art. 64 (herausgeg. v. Meyer 1857):

Swer der lantlüte ze Schafusen klagt umbe gelte ald umb swas sachche es si: dem sol man rihten nach dem reht und nach der gewonheit des gerihtes, da der kleger wonende ist.

Dieser Satz, daß das Recht des Klägers das maßgebende ist, wird als eine seltsame Anomalie betrachtet werden dürfen.

Sehr dunkel ist die Bedeutung des Handgemals als Gerichtsstand für diese spätere Zeit.[22] Wir wissen aus dem Sachsenspiegel, daß der Ort des Handgemals für die Schöffenbarfreien noch dann als Gerichtsstand gilt, wenn es zum Zweikampf kommt, d. h. es ist dieser Ort nicht das Forum, an welchem der Schöffenbarfreie wegen schwerer Verbrechen durchaus zu erscheinen hätte, sondern nur unter der Voraussetzung, daß die Sache durch einen Zweikampf und nicht durch andere Beweismittel entschieden werden soll. Daß in solchen Fällen je nach dem Ausgange des Zweikampfs das Gericht am Ort des Handgemals auch seine Grundsätze, d. h. also das persönliche, das Stammesrecht der Partei, im Gegensatz gegen das Recht ihres Domicils zur Anwendung gebracht haben wird, dürfen wir als gewiß ansehen.[23]

22) Vgl. Jahrb. I. S. 432 f.

23) Grimm Rechtsalterthümer S. 399 N. sagt: „Bemerkenswerth ist, wie noch spät in's Mittelalter hinunter auf die persönlichen Rechte der Stämme

Als Resultat ergiebt sich also, daß für jede Person im allgemeinen das Recht ihres Domicils, in einzelnen bestimmten Fällen das Recht ihrer Heimath im technischen Sinne des Worts zur Anwendung kam.

3. Da über Grundstücke das forum rei sitae entscheidet[24], so ist es eine weitere Consequenz des ersten Princips, daß alle Rechte an Immobilien nach dem Recht des Gerichts beurtheilt werden, in dessen Sprengel sie liegen, und daß es dabei unberücksichtigt bleibt, in welchem Lande der Besitzer lebt, und welchem Recht diejenigen Personen im allgemeinen unterworfen sind, welche Rechte an dem Grundstück in Anspruch nehmen.

> Sachsensp. III. 79. § 2. Nen utwendich man n'is ok plichtich in deme dorpe to antwerdene na irme sunderliken dorprechte .....; he ne klage dar up erve oder uppe gut oder umme scult.[25]

> Schwabensp. 33: Ein iegelich man, der uz eim lande in daz anders kumet, u. wil vor gerihte reht nemen, umbe ein gut, daz in dem lande lit, er muz nemen reht nah des landes rehte, da daz gut inne lit, und nit nah sines landes rehte.

---

gesehen wurde. Nach einem Landgerichtsbrief von 1455 mußte der Nürnberger Landrichter stehen, wenn er einen Franken in Aberacht thun wollte, auf fränkischem Erdreich, jenseit der Brücke, welche bei Fürth über das Wasser geht, auf der Straße gen der Neuenstadt; war es ein Schwabe, auf schwäbischem Erdreich, jenseit der Brücke genannt zum Stein, auf der Straße gen Onolzbach; war es ein Baier, auf bairischem, vor dem Frauenthor zu Nürnberg; ein Sachse, vor dem Thiergartenthor auf der Straße nach Erlangen." Ich glaube nicht, daß diese Nachricht beweist, was Grimm annimmt; sie sagt nur, daß in dem Landgericht über Jemanden die Acht nur auf der Erde seines Landes ausgesprochen werden dürfe. Sie bestimmt den Ort für die gerichtliche Handlung, enthält aber nicht zugleich, daß die Heimath einer Person nach den alten Begriffen von der natio bestimmt worden sei.

24) Jahrb. I. S. 434 ff.

25) Daß hier erve wohl das Erbzinsgut bedeutet, vgl. Stobbe Zeitschr. f. d. R. XV. S. 118. Nr. 92.

Sachsensp. III. 33. § 5: Die koning sal ok richten um egen nicht na des mannes rechte, wan na des landes dar't inne leget.[26]

Sachsensp. I. 30: Jewelk inkomen man untveit erve binnen deme lande to sassen na des landes rechte unde nicht na des mannes, he si beier oder svaf oder vranke.

Es kann zweifelhaft sein, in welchem Sinne hier das Wort erve zu verstehen sei; ob es bedeutet, daß ein Fremder sich bei der Geltendmachung seiner Erbansprüche dem Landesrecht fügen,[27] oder daß er beim Erwerbe eines Grundstücks die Regeln der lex rei sitae befolgen müsse.[28] Wenn auch nach dem Sprachgebrauch des Sachsenspiegels beides möglich ist, so möchte ich mich doch für die zweite Auffassung erklären. Denn es ist unter dem inkomen man wohl nicht an Jemand zu denken, welcher in das fremde Gericht nur gekommen ist, um Erbrechte geltend zu machen, sondern an Jemand, welcher sich hier für die Dauer angesiedelt hat (vgl. oben N. 17); und es wird bei dem ausschließlich geltenden gesetzlichen Erbrecht der Verwandten der Fall, daß ein Fremder aus einem ganz andern Lande, ein Baier, Franke oder Schwabe, in Sachsen Erbrechte geltend macht, wohl nur sehr selten vorgekommen sein, so daß wohl kaum seiner zu erwähnen der Sachsenspiegel Veranlassung genommen hätte.

Außerdem verstehen den Sachsenspiegel in der von uns angenommenen Bedeutung auch andere aus ihm abgeleitete Quellen:

Deutschensp. 33: Ein isleich man der auz einem lande in ein anders vert, u. wil vor gerichte recht nemen

---

26) Vgl. mit dieser Stelle auch Deutschensp. 258 u. Schwabensp. 297.

27) So versteht es Gaupp Zeitschr. a. a. O. S. 166; derselben Auffassung folgt Homeyer, da er im Register zum Sächs. Landr. (3te Ausg.) S. 418 die obige Stelle unter dem Wort Erbe zu der Bedeutung „Nachlaß überhaupt" stellt. Ebenso erklärt sich dafür Sydow Erbr. des Sachsensp. S. 24.

28) Vgl. Siegel deutsches Erbrecht S. 9, 10.

umb ein gut daz in dem lande leit, er muz nemen recht niht nach seines landes recht.

Schwabensp. 33: .... er muz nemen reht nah des landes rehte, da daz gut inne lit, u. nit nah sines landes rehte.[29] — Rupr. v. Freys. I. 28. —,

welche der Stelle bei ihrer Umschreibung denselben Sinn geben, welchen Sachsensp. III. 33. § 5 und III. 79. § 2 enthält. — Vgl. auch Verm. Sachs.-I. 48. d. 6 (erbe u. eygen) und Purgold II. c. 113.[30] — Magd. Schöffenurth. bei Böhme S. 110. 5, bei Wasserschleben Rechtsquellen I. S. 432 f., 433 f.

Wegen dieses Princips wird auch in den Urkunden so häufig hervorgehoben, daß die Auflassung unter Beobachtung aller derjenigen Formen vorgenommen sei, welche in dem Land- oder Stadtgerichte Rechtens seien, z. B.

Würdtwein subs. dipl. VI. p. 340. a. 1153—1170: eine Auflassung secundum legem patriae coram multis nobilibus Angaricae legis peritis.

Lacomblet I. Nr. 192 a. 1057: facta est hec traditio hec in Salaveldon secundum legem et ritum gentis illius.

Gudenus I. Nr. 76. a. 1151: Schenkung eines Schlosses juxta legem et statutum terrae illius.

---

29) Zu dieser Stelle citirt Laßberg: Cap. a. 801. c. 10. Pertz I. p. 84, und Siegel S. 10. N. 23a. sagt geradezu: Ex Caroli M. capitulari. Dies ist nun schon darum unwahrscheinlich, weil der Schwabenspiegel sich hier an den Sachsenspiegel und Deutschenspiegel anschließt; sodann aber enthält auch das Capitulare etwas ganz anderes: im allgemeinen soll Jeder an seinem Domicil secundum suam legem zu Recht stehen; wegen ererbter Grundstücke oder der libertas soll der Eid in der Heimath geleistet werden. Es handelt sich in dem Capitulare also um das Forum und nicht um das anzuwendende Gesetz.

30) In entgegengesetzter Weise fassen den Sachsensp. die Erbrechtsregeln auf bei Wasserschleben Successionsordnung S. 148 oben: Ein iglicher der erbe fordert sol das erbe nehmenn und empfanngenn noch des landes gewonheit und noch der Stadt gebrauch wie es vor alters isth gebreuchlich gewest. Sachs. li. I. ar. 30.

Baur Urkunden z. hess. Landesgeschichte Nr. 160 a. 1278: resignatione coram sculteto scabinis et incolis villae secundum jus et consuetudinem loci in strata publica facta.

Seibertz Nr. 507. a. 1305: observatis omnibus condicionibus que in donacionibus propriorum secundum terre consuetudinem solent observari.

Hervorzuheben ist es, daß bisweilen außer dem Recht der belegenen Sache noch ein anderes zur Geltung gelangt; so findet nach einer Urkunde vom Jahre 1113 (bei Erhard cod. dipl. Nr. 182) eine Schenkung zuerst in der Kirche zu Corvey statt: postea ipsam traditionem confirmans in concilio Gerhardi comitis.... Que item confirmatio ab heredibus facta in concilio Reinholdi comitis. Bei dem Gericht des Gerhardus heißt es: hec acta sunt secundum legem et justiciam Angrariorum, bei dem des Reinholdus: acta sunt autem hec secundum ritum Ostersahson in pago Sulbirgowe. Die erste confirmatio erfolgte nach dem Recht der belegenen Sache, die zweite, welche den Verzicht der Erben einschließt, nach ostsächsischem Recht, d. h. wohl nach dem am Ort des Verzichts geltenden Recht der Erben.

Ferner eine Urkunde zwischen 1024—1039 (bei Schannat vindem. I p. 41 und bei Thudichum Geschichte des freien Gerichts Kaichen S. 68): fecit abnegationem praedii B. quod est situm in Wedereiba, ... primo incurvatis digitis, secundum morem Saxonicum ....., et deinde abnegationem fecit cum manu et festuca, more Francorum. Das Gut lag auf fränkischer Erde, der Verzichtende war wahrscheinlich ein Sachse. Es heißt auch von den Zeugen: isti sunt Saxones, qui hoc viderunt et audierunt ...... isti sunt orientales Franci, qui hoc viderunt et audierunt.

Dasselbe wie für Grundstücke gilt auch für Rechte, welche den Immobilien gleichgestellt werden: z. B. Baur a. a. O. Nr. 202. a. 1294 bei einer Auflassung von Einkünften: secundum terre consuetudinem ac juris exigenciam et formam.

In den bisher erörterten Fällen wendet der Richter sein Recht an, welches, wenn der Beklagte am forum domicilii zu Recht steht, zugleich dessen Recht ist, und welchem sich, wenn der Gegenstand des Streites oder Rechtsgeschäftes ein Grundstück ist, die interessirten Personen fügen müssen. Nun ist es aber bei einem Streit oder bei einem Rechtsgeschäft, welches sich auf Grundstücke bezieht, auch möglich, daß nicht das forum rei sitae, sondern das forum domicilii zur Anwendung kommt; nach manchen Rechten war dies der Fall, wenn die beiden Parteien an demselben Orte wohnen. Dann soll das Rechtsverhältniß gleichfalls nach der lex rei sitae beurtheilt werden. So bestimmt die Nürnberger Reform. von 1522. XXVIII. 4: bei Verkäufen von Grundstücken innerhalb der Stadt solle der Verkäufer Jahr und Tag Wehrschaft thun: „was aber verkaufter stück und guter in eussern Gerichten gelegen weren, damit soll es der werschafft halb nach ordnung derselben Gericht und Rechten gehalten werden.“[31]

Umgekehrt erscheint es aber als eine Ausnahme, als ein besonderes städtisches Privileg, daß Bürger, wo es sich um ein Erbgut auf dem Lande handelt, nicht der lex rei sitae, sondern ihrer lex domicilii unterworfen sind. Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme S. 109:

> Ein burger, der do guth hot uff dem lande, den mag man wol ladin von dem gute; der sal auch volgen der ladunge wenne her sich sines erbis und gutis nich vorjen wil und sal gesten vor sime hoferichter des wichbildes dorinne das gut gelegin ist, und sal beten in eime rechten also das her ein burgir ist ..... das se in bei sime burgerrechte lasse sich zuvorantworten vor seime erbvoite, der sal bliben dobey, is en were denne lengut adir deme gliche, so muste her antworten und glich tun also gewonlich were noch des landis rechte und setin.

31) Dasselbe bestimmt das Jülich-Bergische Landrecht von 1564. c. 97. (Maurenbrecher rheinpreuß. Landrechte I. S. 273.)

Noch direkter wird dies in einem Magdeburger Urtheil nach Thorn ausgesprochen (in einem Manuscript der Wallenrodtschen Bibliothek zu Königsberg, in Fol. Nr. 1. I. 29):

Ist aber das Börger erb oder eigenn habenn, Inn der bauswenndigen herrenn gerichte, worde das erbe und [eigen] angesprochenn, do mag mann sie zu ladenn, so sollen si do anntworten vor Ire eigenn u. erbe, noch Magdeburgischem Rechte, unnd annders nicht.

4. Wird durch Beschlagnahme des streitigen Objekts das forum arresti begründet, so wendet der Richter in Betreff der Verpflichtungen der einzelnen Personen und der Prozeßvorschriften sein Recht, und nicht das der streitenden Personen an. Wir besitzen eine interessante Mittheilung in dem Brünner Schöffenbuch Nr. 105: Es hat ein Bürger de Chremsir einem Fremden ein Pferd verkauft. Da dieser wegen des Pferdes von einem Dritten zu Potenstat angesprochen wird, verlangt er, daß der Verkäufer den Prozeß übernehme. Dieser weigert sich, „quia jus cremsirense haberet, quod equus in domum suam praesentandus esset. Cui advena respondit, quia neque hoc facere posset, ex eo, quod oppidum Potenstat uteretur jure Magdburgensium, in quo servaretur, quod equus in loco ubi arrestatur, tam diu servandus est, donec causa arrestationis finaliter fuerit decisa.“ Da in Folge der Weigerung des Verkäufers der Käufer das Pferd verliert, soll jener ihm das Objekt und Interesse ersetzen, „cum ille in Potenstat, ubi viget jus Magdburgense et non chremsirense venire noluerit. ...... Et hic collige, quod actor et reus consuetudines et jura locorum, in quibus litigant, observare debent, licet fortassis in aliis locis, ubi alia vigent jura, residentiam habeant corporalem.“

5. Rechtsgeschäfte, welche nach dem Recht des Ortes, an welchem sie abgeschlossen wurden, gültig sind, sollen überall zu Recht bestehen. Das Lübische Recht (Hach) IV. 87 bestimmt nur im allgemeinen, daß ein in der Fremde errichtetes Testament gültig sei, ohne zu fragen, nach welchem Recht, ob nach dem der Heimath oder

Fremde, es abgefaßt sei. Das revidirte Lübische Recht II. 1. 16 erklärt aber ausdrücklich, daß ein in der Fremde nach den dort geltenden Sätzen errichtetes Testament auch in Lübeck gültig sei, wenn nur der Erblasser es nicht dolose in der Fremde errichtet hat.

Ein Inventar ist gültig, wenn die Gesetze am Ort seiner Errichtung beobachtet wurden.[32]

Die Form der Eheschließung richtet sich nach dem locus actus. In einem Verlobungsformular nach kölnischem Rechtsgebrauch des 14. Jahrhunderts (mitgetheilt von Wackernagel in Haupt's Zeitschr. II. S. 553, und von Grimm Weisthümer II. S. 836) heißt es: beyde na Francken wyse ind Sassen ee. Köln liegt auf fränkischer Erde; aber es begegnet sich hier fränkisches und sächsisches Recht, woher die Symbole beider Rechte beobachtet werden.

6. Für die Vertheilung des Nachlasses und die Grundsätze der Erbfolgeordnung kommt das Recht des Erblassers zur Anwendung:

> Lübische Urkunde a. 1352 (bei Pauli Abhandl. aus d. Lüb. Recht III. S. 36. Nr. 90): Marquardus G., Johannis G., civis Stetinensis, frater, coram consilio constitutus, omnia et singula arma, proprie dicta Herwedde, sibi per obitum dicti J. fratris sui devoluta lucide Godschalci filiis resignavit simpliciter ac dedit u. s. w.

In Lübeck, wo die Sache verhandelt wird, gab es kein Heergewedde; weil aber der Verstorbene ein Stettiner Bürger war und in Stettin ein Erbrecht in Gerade und Heergewedde bestand, wird auch in Lübeck dasselbe zur Anerkennung gebracht.[33]

---

32) Gesetz für Basel a. 1648 (Rechtsquellen der Stadt und Landschaft Basel I. 1. 1856. Nr. 371. S. 561 ff.): Obwohlen die gemeinen beschriebenen Recht vielerley Solenniteten fürschreiben, so bleibt man iedoch bei jeniger Rechtsgelehrten Meinung, dass es namblichen genugsamb seye, wan ein Inventarium nach dess Orths Styls u. Gebrauch, alwo der Fahl sich begeben u die Verlassenschaft meistens gelegen, ausgefórtiget werde.

33) Im Jahre 1543 wurde zu Lübeck verordnet (Pauli a. a. O. III. S. 32), daß die nächsten Verwandten eines zu Lübeck in kinderloser Ehe verstorbenen Mannes kein Erbrecht haben sollen, wenn sie solchen Provinzen Westphalens angehören, wo der Grundsatz „längst Leib, längst Gut“ gilt. Es wird

Interessant ist auch der in einem Schöffenurtheil Magdeburgs nach Breslau a. 1453 enthaltene Fall (bei Wasserschleben Succ.-Ordnung S. 73—77): bei der Beerbung einer zu Breslau verstorbenen Frau erhebt sich darüber Streit, ob bloß ihre Söhne oder auch die Kinder ihrer vorverstorbenen Tochter erbberechtigt seien. Das erste ist im allgemeinen Magdeburger, das zweite besonderes Breslauer Recht. Im allgemeinen würde nun unzweifelhaft Breslauer Recht angewendet werden müssen, wenn nicht die Söhne geltend gemacht hätten, daß weder die zu beerbende Frau, noch ihre vorverstorbene Tochter eine Breslauer Bürgerin gewesen sei, und daß daher auch nicht jene besondere Willkür zu berücksichtigen sei, welche nur für Breslauer Bürger und nicht für andere Leute gelten könne. Leider erhalten wir keine eigentliche Entscheidung des Streites; denn die Magdeburger Schöffen erklären sich gegen das Breslauer Recht, nicht weil dasselbe im konkret vorliegenden Falle keine Norm abgeben dürfe, sondern weil sie überhaupt bei ihren Urtheilen Willküren und Statutarrechte der bei ihnen sich Raths erholenden Städte nicht berücksichtigen wollten. (Vgl. unten N. 40.)

7. Wie bereits in der Periode der Volksrechte das sächsische Recht bei Verbrechen die lex delicti commissi entscheiden läßt, so bringt dies Princip auch ein ungedrucktes Prager Schöffenurtheil zur Anwendung: [34]

> Accidit, quod quidam percussit vulnus in Colonia duellare, et pro eodem vulnere ibidem est proscriptus. Offensus vero invenit eundem in Civitate nostra et ipsum captivum posuit pro eodem vulnere; modo Cives Colonienses volunt, quod secundum jus civitatis ipsorum patiatur emendam. Nos vero volumus, quod secundum jus civitatis nostrae debeat emendam pati. — Es wird entschieden: quod captivus pro vulnere apud vos debeat

---

also hier die Successionsberechtigung nicht bloß von dem Gesetz des Erblassers abhängig gemacht, sondern auch davon, ob der Erbprätendent nach dem Gesetz seiner Heimath einen Anspruch haben würde.

34) In einem meinem Freunde Rößler gehörigen Codex Nr. 43.

emendam pati, secundum jura illius civitatis, ubi vulnus factum est, et ubi pro ipso vulnere est proscriptus.

So heißt es auch in einer Urkunde Heinrichs des Löwen a. 1163 (Lüb. Urkundenb. I. Nr. 3):

peremptor cum heredibus et cognatis occisi XL marcis monete illius provincie, in qua nefas perpetratum est, componat.

Betrachten wir die bisher erörterten Sätze, so erscheint es als allgemeinste Regel, daß der Richter zunächst das an seinem Gerichte geltende Recht zur Anwendung brachte. Dieselbe wurde in Folge der im Mittelalter herrschenden größeren Exklusivität eines Gerichtssprengels oder eines Territoriums gegen alle übrigen in ausgedehnterer Weise als heut zu Tage durchgeführt. Aber sie wurde doch auch durch eine Reihe von Ausnahmen eingeschränkt oder durchbrochen, wie daß für Grundstücke am forum rei sitae nicht immer die lex rei sitae die entscheidende Norm abgab, oder wenn der Streit nicht am forum rei sitae verhandelt wurde, bisweilen die lex rei sitae zur Anwendung kam, wie daß bei Erbstreitigkeiten die lex domicilii des Erblassers, bei Verbrechen die lex delicti commissi entschied. —

Als weitere Ausnahme ist noch zu bemerken, daß die Bewohner einzelner Städte bisweilen in Form eines Privilegs die Vergünstigung erhielten, auch an fremden Orten nach dem Recht ihrer Stadt gerichtet zu werden.[35] So erhielten die Lübecker von Friedrich I. a. 1188 das Privileg (Hach S. 172):

Et quicunque ipsorum supra causa quacunque con-

35) Im allgemeinen müssen die Fremden, besonders auch die Kaufleute in jeder Stadt deren Statuten und Rechtsbestimmungen beobachten, z. B. Schiedsspruch zwischen den flandrischen und hamburgischen Kaufleuten a. 1268 (Hamb. Urk. B. N. 727, Frensdorff die Stadt- und Gerichtsverfassung Lübecks. 1861. S. 167. N. 16): Omnes autem ordinationes statuta sive coras quas cives Hamburgenses apud Hamburch facient super suos concives, mercatores nostri flandrenses pro se observare tenebuntur ibidem. — In einem

veniatur per omnes imperii nostri fines et per Ducatum coram loci illius judice se expurgabit absque captione[36] secundum jura jam dicte civitatis;

und dasselbe Recht besaßen nach einem Privileg des Grafen von Holstein (a. 1188) innerhalb Holsteins die Bürger von Hamburg (Lappenberg Hamb. Rechtsalterthümer I. S. XL).

B. Im Folgenden betrachten wir die Fälle, in denen Jemand in einer höheren Instanz zu Gericht steht.

1. Jeder Rechtsstreit kann aus dem ordentlichen Gericht an das Hofgericht des Königs gezogen werden. Dann ist die Sache weder nach fränkischem Recht zu entscheiden, welches der König hat, noch nach dem Recht des Landes, in welchem der König sich vorübergehend aufhält und die Gerichtsversammlung abhält, sondern nach des Mannes Recht:

Sachsensp. III. 33. § 1. 2: Jewelk man hevet sin recht vor'me koninge. Jewelk man mut ok antwerden vor'me koninge in allen steden na sime rechte unde nicht na des klegeres rechte.

Der § 5 fügt der bereits besprochenen Ausnahme hinzu, daß bei einem Streit um Grundstücke auch in dem Gericht des Königs die lex rei sitae entscheidet:

Die koning sal ok richten um egen nicht na des mannes rechte, wan na des landes, dar't inne leget.

Was verstehen wir nun in allen diesen Paragraphen unter dem Recht des Mannes, welches im königlichen Hofgericht zur An-

Diplom des Magistrats von Neapel a. 1190 (Arenz Ursprung des Wechselrechts S. 51) heißt es, daß die Negotiatores und Campsores von Amalfi ihre Streitigkeiten zu Neapel zur Entscheidung des Consuls ihres Vaterlandes bringen dürfen secundum veteres bonos usus vestros Es ist dies ein leicht zu begründendes Princip, daß zwei Bürger derselben Stadt, welche eine Streitigkeit im Auslande haben, dieselbe durch einen Richter ihrer Heimath und nach ihrem heimischen Recht entscheiden lassen können.

36) Ob Frensdorff a. a. O. S. 46 das absque captione richtig durch „Freiheit von vare" wiedergiebt, ist mir zweifelhaft; mir ist wahrscheinlicher „Freiheit von persönlicher Haft."

wendung kommen soll? Ich zögere nicht die Worte ebenso zu erklären wie oben; es ist das Recht seines Domicils, welches Jeder nicht bloß am forum domicilii, sondern auch vor dem Könige behält.[37] Es liegt hier also keine Ausnahme, sondern nur eine neue Anwendung der bisher gefundenen Regel vor; denn sei es daß der König, um so zu sagen, in erster Instanz richtet (vgl. Sachsensp. I. 58. § 2, III. 60. § 2), sei es daß aus dem niederen Gericht das Urtheil an ihn gezogen war, — immer tritt der König an Stelle des Gerichts, welchem der Beklagte an seinem Wohnort unterworfen ist, und wendet das Recht an, welches auch dort gegolten hätte.[38]

Eine Bestätigung für diese Auffassung finde ich auch in III. 71. § 2 in der bestimmten Anwendung, daß vor dem Könige Jeder in seiner Muttersprache reden dürfe, wenngleich auch vielleicht einem Slaven nachgewiesen werden könnte, daß er früher einmal sich vor Gericht der deutschen Sprache bedient habe; denn vor dem Reiche „hevet manlik recht na siner bort."

Am deutlichsten spricht das Görlitzer Landrecht 39. § 5.:

> Vor deme kunige sol ein jegelich man sinis landis recht ime behaldin.[39]

---

37) Zum Belege entnehme ich Osenbrüggen's Alamannischem Strafrecht S. 1 eine Stelle aus Berthold's Annalen a. 1077 (Pertz Scriptt. V. 295): Rex autem Heinricus habito Ulmae cum quibus poterat colloquio, regem Roudolfum cum ducibus suis B. et W. et ceteris Alamannorum ipsi consentaneorum majoribus, secundum legem Alemannicam .... fecit sententionaliter adjudicatos damnari.

38) Ich kann hieraus nicht mit Rogge S. 58. N. folgern, daß also hier in diesem Gericht „der Grundsatz des persönlichen Rechts, wie er ehemals im fränkischen Reiche gegolten hatte, fortdauerte;" mit demselben Recht könnte man ihn auch für die heutige Zeit daraus folgern, daß jedes Appellationsgericht, jedes Spruchcollegium dieselben Grundsätze zur Anwendung bringen muß, welche vor dem Gericht erster Instanz gelten.

39) Den entgegengesetzten Satz scheint Schwabensp. 297 zu enthalten: der kunig sol ouch nuit rihten nach dez mannes rehte, er sol nuit rihten wan nach dez landes rehte, in dem lande er ist. Doch ist zu bemerken, daß hier der Deutschenspiegel 258 zu Grunde liegt und daß dieser den Sachsenspiegel verstümmelt und entstellt wiedergiebt: der chunich sol auch niht rihten nach

Als besondere Anwendung des Princips ist noch zu erwähnen, daß Sachsen vor dem Reiche nach sächsischem Recht um ein gescholtenes Urtheil fechten: Sachsensp. I. 18. § 3., II. 12. § 8.; besonders aber Richtst. Landr. 50. § 9.:

> Wil he aver, he scilt it vor me rike, unde tut is an sine vorderen hant, unde vraget, na deme dat he en sasse si, oft he vor deme rike icht scole sessesch recht hebben. Dat vintme.

Sodann wird von König Otto IV. berichtet (Böhmer Regesten a. 1209. Nr. 38a.):

> Ottonem palatinum de Witilinspach nec non marchionem de Anadehse lege Bavarica sententialiter propter occisum Philippum proscripsit.

(Vgl. auch N. 37). Weil so nach verschiedenen Landesrechten in dem königlichen Hofgericht gesprochen wurde, verordnete auch Friedrich II. in seinem Landfrieden von 1235 (c. 15. Pertz II. p. 317), daß der Notar des Hofgerichts, welcher die in demselben gefundenen Urtheile zu protokolliren hatte, zugleich bei jedem Urtheil bemerke, nach welchem Landesrecht es gefunden sei (expressa terra secundum consuetudinem cujus sententiatum est).

Unserer Ansicht, daß vor dem Könige das Recht des Domicils der Person gegolten habe, steht Homeyer's (Handgemal S. 64) Ausführung entgegen, daß in jener Stelle des Sachsenspiegels unter dem Recht des Mannes das Recht seiner Abstammung, das Recht des Landes zu verstehen sei, in welchem sein Handgemal liegt. Trotz Homeyer's gewichtiger Autorität scheint mir diese Annahme doch bedenklich, nicht bloß darum, weil auch nach andern Stellen des Mannes Recht das Recht seines Domicils ist, und in diesem Sinne auch andere Quellen den Sachsenspiegel verstehen, sondern besonders weil dann vor dem Könige immer das Recht des Handgemals entscheiden würde. Nun wissen wir aber, daß das Gericht

---

des landes da ez inne leit. Aus diesen Worten suchte der Verfasser des Schwabenspiegels ein Princip zu entwickeln und spricht einen in seiner Allgemeinheit entschieden unrichtigen Satz aus.

des Handgemals und damit zugleich das Recht des Ortes, an welchem das Handgemal lag, nur in Fällen des Zweikampfes zur Geltung kam. Wir würden also zu dem gewiß sehr wenig wahrscheinlichen Resultat gelangen, daß auch in solchen Sachen, welche vor dem gewöhnlichen Richter nach dem Recht des Domicils zu beurtheilen waren, im königlichen Gericht das Recht des Handgemals entschied.

2. Wenn das Urtheil in einem niedern Gericht gescholten und an den Oberhof gezogen wird, so bringt dieser dieselben Rechtsgrundsätze zur Anwendung, welche dort entscheiden mußten. Es ist im allgemeinen richtig, wenn v. Wächter (wirt. Privatrecht I. 1. S. 66) sagt, daß die Oberhöfe bei ihren Entscheidungen zunächst nicht das bei ihnen geltende besondere Recht, sondern das Lokalrecht der Orte, welche bei ihnen Urtheile holten, so weit ein solches nachweisbar war, zu beobachten hatten. Aber wenn dies auch die Tendenz der Untergerichte war, und wenn wir auch sehen, daß sie, falls sie ein partikulares Recht, eine Willkür besaßen, welche dem Oberhof unbekannt sein mußte, dieselbe in ihrem Anschreiben mittheilten, so haben sich doch oft die Oberhöfe dieser Pflicht nach dem partikularen Recht zu erkennen entzogen. Sie erklärten von einer solchen Willkür nichts zu wissen, sie nicht berücksichtigen zu können oder zu wollen. Sie entschieden lediglich nach ihrem eigenen Recht, welches ja im allgemeinen mit dem Recht des das Urtheil holenden Gerichts übereinstimmte, und überließen es diesem, das Urtheil zu befolgen oder auf anderem Wege die Willkür zur Geltung zu bringen.[40]

40) Vgl. die Schöffenurtheile bei Wasserschleben Succ. Ordn. S. 77, Rechtsquellen I. S. 116, 136, 160. c. 24, 162, 383, 399. —

III.

Vom Eigenthumserwerb am Wildergut.*)

Von Prof. Dr. Th. R. Schütze in Kopenhagen.

---

§ 1. Fall und Frage.

Der Wilderer A hatte auf dem Grundstücke X — welches zu der Vollhufe des Bauern B gehörte, während das Jagdrecht auf diesem Gebiete dem benachbarten Gutsbesitzer C zustand — einen Rehbock geschossen. Ebendaselbst mit dem Ausweiden noch beschäftigt, wurde er von Landgensdarmen, welche den Schuß gehört, auf frischer That ergriffen und mit dem Wilde an das benachbarte Amt abgeliefert. — Wie der Delinquent zu bestrafen sei, wem das von ihm verwirkte Jagdgeräth zufalle, darüber war nach den Landesgesetzen kein Zweifel. Allein nun entstand folgende Frage: Wer hatte Anspruch auf das Wildergut, den Rehbock?

1) Sollte derselbe dem Wilderer (A) verbleiben, oder dem Grundeigenthümer (B), oder dem Jagdberechtigten (C), oder etwa als Confiscirtes oder bonum vacans dem Oeffentlichen gehören?

2) Gesetzt, die Behörde entschied etwa zu Gunsten des C —

*) Wir bilden der Kürze wegen diese Bezeichnung nach Analogien wie: Strandgut, Fundgut u. a., und meinen damit das vom Wilderer (Wilddieb, Jagdcontravenienten u. s. w.) erlegte oder gefangene Wild, das Gewilderte, durch Wilderer Erbeutete. „Des Wilderers Beute" wäre schwerfällig.

wie sollte man dessen Anspruch auffassen und bezeichnen? Als persönliche Forderung ex delicto, oder als Vindication, oder als anderweitige dingliche Klage?

3) Gesetzt, man betrachtete den C als Vindicanten — wodurch und wann hatte er dann an dem Wilde Eigenthum erworben?

Es gibt Rechtsfragen, welche der Praktiker gewissermaßen nach Instinct unschwer entscheidet — wenigstens dem endlichen Resultat nach. Allein wie die Entscheidung begründen? Wenn die Landesgesetze auf dergleichen privatrechtliche Fragen sich nicht einlassen, auch frühere Urtheile keinen Anhalt bieten, wo dann Aufklärung suchen? Ei nun: in der gemeinrechtlichen Theorie. Schon recht; allein, wie es damit bestellt ist, werden wir bald erfahren. Wir werden sehen, daß die wenigen Lehrbücher, welche des Eigenthumserwerbs am Wildergut überall Erwähnung thun — und deren Zahl ist meines Wissens nur sehr gering — daß diese Lehrbücher nicht einmal die erste obiger Fragen übereinstimmend beantworten, hinsichtlich der zweiten und dritten aber entweder schwigen oder gar sehr von einander abweichen.

Eine Ableitung des geltenden Rechts aus den allgemeinen Begriffen sowie nach Analogien des Privatrechts dürfte daher an der Zeit sein. Vorher aber bedarf es einer genaueren Feststellung der Frage selbst.

Fragen wir also: wer an dem vom Wilderer erbeuteten Wilde Eigenthum erwerbe, — so ist zunächst „der Wilderer" nur als eine beispielsweise Bezeichnung des Thäters gewählt, und zwar diejenige, welche dem gewöhnlichsten Falle sich anschließt. Gemeint ist jeder in concreto Nichtjagdberechtigte, ohne daß darauf, ob derselbe Wilddieb, Wilderer, Jagdfrevler[1] (bewußter oder unbewußter)

---

1) Daß Terminologie und Begriffe nach partikulärem Gesetz oder Gebrauch sehr verschieden sind — vgl. Köstlin Syst. des deutsch. Strafr. Bd. 2 (s. g. Abhandlungen aus dem Strafrecht, herausg. von Geßler 1858) S. 319 fg. — interessirt uns hier auf dem rein privatrechtlichen Standpunkte durchaus nicht. Doch will ich die beiläufige Bemerkung nicht zurückhalten, daß der s.

genannt werden möge, irgend etwas ankäme. Ja selbst die unabsichtliche oder die in Nothwehr begangene Erlegung schließen wir keineswegs aus. Vorausgesetzt wird also lediglich, daß ein Jagdrecht — in dem Sinn eines privilegirten Wildoccupationsrechts — bestehe, und daß dessen Gegenstand von einer nichtberechtigten Person occupirt werde.

Dieser Gegenstand ist insbesondere näher zu präcisiren. Wir meinen nur jagdbares Wild — das nichtjagdbare steht ganz außer Frage, da es als res nullius der freien Occupation noch heutzutage anheimfällt — und zwar einzig dasjenige, welches annoch in natürlicher Freiheit sich befindet. Das gezähmte Wild, so lange es dieses ist, also bis zur Wiedererlangung seiner natürlichen Freiheit, hat einen Eigenthümer. Entziehung oder Erlegung desselben ist — gleich der eines zahmen, eines Hausthiers — gewöhnliche Eigenthumsverletzung. Gleiches gilt von eingehegtem, also bereits occupirtem, oder von diesem erzeugtem Wilde, wenn es so eingeschlossen ist, daß der Eigenthümer es nach Belieben ergreifen,[2] also sein Eigenthumsrecht daran ausüben kann.

Die vorausgesetzte Handlung endlich ist dieselbe, welche wir, an gewöhnlichen res nullius ausgeübt, Occupation nennen würden. Auch bei unserm Objecte hätte sie Eigenthumserwerb zur Folge, wenn nicht etwa — was unten näher zu prüfen, hier also weder eingeräumt noch geleugnet werden kann — die allgemeine Bemächtigung nach positivem Recht hier ausgeschlossen wäre. Da es nun m. E. mit dem Erforderniſſe des juristischen Besitzerwerbes bei der Occupation herrenloser Sachen keineswegs streng zu nehmen ist,

---

g. Wilddiebstahl (und Wilderei) sich von Diebstahl und Unterschlagung gleich sehr unterscheidet und neben der „Besitz- und Gebrauchsanmaßung" als „Anmaßung herrenloser Sachen" unter eine allgemeine Rubrik der Entwendung, etwa: Verletzung von Vermögensrechten durch gewinnsüchtige Bemächtigung — subsumirt werden müßte. S. meine Abhandl. „Glossen zur Lehre von Funddiebstahl und Unterschlagung" in der Schlesw. Jur. Wochenschr. Jahrg. 1858 und 59.

2) S. Köstlin a. a. O. L. 3. § 14. 15. D. de adqu. poss. (41, 2).

sondern bewußtes Ergreifen der Innehabung — sei es mit principalem, sei es mit nur eventuellem animus rem sibi habendi — genügt,[3] setze ich auch hier nur eine demgemäße faktische Bemächtigung voraus. — Auch lege ich, wie schon erwähnt, darauf vor der Hand kein Gewicht, ob der unbefugte Thäter dolo die Beute gemacht, d. h. ob er das fremde Jagdrecht und die eigene Unbefugtheit gekannt habe, oder nicht, — wenn nur der Aneignungswille vorhanden war.

Aus Vorstehendem ergibt sich folgende genauere Fassung unserer Frage:

> Wer erwirbt Eigenthum an dem jagdbaren bisher in natürlicher Freiheit befindlichen Wilde, wenn ein Nichtjagdberechtigter dasselbe unbefugter Weise erjagt, erbeutet? Wie ist der Rechtsgrund dieses Eigenthumserwerbes zu bestimmen, und wann erfolgt derselbe?

§ 2. Literatur.

Von den Romanisten darf das heutige Privatrecht schwerlich eine Antwort erwarten. War doch dem römischen Rechte der Begriff des Jagdrechts in unserm Sinne unbekannt. Zu welchem Resultat man übrigens nach dessen Grundsätzen bei ähnlicher Frage gelangen würde, soll der nächste § zeigen.

Wenden wir uns also zu den Germanisten. Unter den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts, welche mir zugänglich gewesen, habe ich nur in zweien, nämlich bei Gerber[4] und Bluntschli[5], eine kurze Besprechung und selbständige Beantwortung unserer Frage, außerdem in einem derselben die abweichende Ansicht eines anderen Schriftstellers (Reyschers) in aller Kürze referirt gefunden. — Außer-

---

3) Insoweit stimme ich mit der Ansicht Dernburg's in der Heidelb. Krit. Zeitschr. I S. 148 fg. überein.

4) System des deutsch. Privatrechts § 92. 1. Aufl. 1848. Vgl. auch 2. bis 7. Aufl. dess. Lehrb.

5) Deutsch. Privatr. Bd. I. § 71. S. 353.

dem äußert unter den Romanisten Puchta (Pand. Vorl. § 154) sich gelegentlich darüber.

Wir werden die wesentlich verschiedenen Ansichten, deren kritische Beleuchtung erst weiter unten (§ 7) erfolgen kann, hier nur übersichtlich charakterisiren.

Gerber a. a. O. geht davon aus, daß zwar das deutsche Recht wilde Thiere als herrenlos und der Occupation unterworfen betrachtet, die Befugniß zu dieser Erwerbung aber „niemals als einen bloßen Ausfluß der Persönlichkeit angesehen, sondern stets noch an die Erfüllung gewisser äußerer Erfordernisse geknüpft" habe. Ehe er nun diese Erfordernisse, und zwar als solches das Jagdrecht des Grundeigenthümers, soweit es nicht durch den Umfang des späteren Jagdregals verdrängt worden, näherer Prüfung unterzieht, wendet er sich in einer Anmerkung (3) zu unserer Frage, und zwar in der ersten Auflage mit folgenden Worten:

> „Anderer Meinung [6] ist Reyscher würtemb. Privatr. Bd. 2. § 288 a, welcher annimmt, daß auch ein Wilderer Eigenthümer des widerrechtlich erlegten Wildes werde, dies aber dann herausgeben müsse. [7] Es entspricht aber sicher allein dem Geiste des deutschen Rechts, wenn man annimmt, daß nur ein von dem Grundeigenthümer ausgehender Occupationsact Eigenthum gebe, und die Klage gegen den Wilderer nur auf Gestattung der Occupation des erlegten Thieres, oder wenn diese nicht mehr möglich ist, auf Ersatz gerichtet sei."

Nun hat aber Gerber von der 2. Auflage des Lehrbuchs an

---

6) Nämlich nicht der Ansicht Gerbers, daß Occupation des Wildes nach germanischem Rechte kein freies Recht der Person, sondern Vorrecht gewisser Personen gewesen, und noch jetzt sei.

7) Dieselbe Ansicht hat Puchta a. a. O. ausgesprochen, wenn er sagt: „Der unberechtigte Jäger verletzt das Jagdrecht und dies kann ihn verpflichten, aber seine Occupation hat doch die Folge des Eigenthumserwerbs." — Ob Arndts (Pand. § 154. Anm. 1) auch hierin ihm beipflichtet, vermag ich nicht zu erkennen.

seine frühere Meinung — welche er zugleich schärfer präcisirt — wesentlich verändert und für die veränderte Ansicht eine neue Begründung versucht[8], indem er a. a. O. nach den obigen Worten „herausgeben müsse“[9] so fortfährt:

„Diese Frage ist nicht ohne juristisches Interesse. Es sind zwei Gesichtspunkte möglich. Einmal kann man, wie dies in der ersten Aufl. geschah, von der Ansicht ausgehen, daß nach der im Text ausgesprochenen Meinung weder der Wilderer, noch der Grundbesitzer Eigenthümer des vom Wilderer erlegten Thieres sei, weil der letztere überhaupt keine Eigenthum gebende Occupation vornehmen konnte, und jener die Occupation nicht vorgenommen hat; der Grundeigenthümer hätte dann gegen den Wilderer keine Vindication, sondern nur eine Entschädigungsklage. Richtiger möchte es aber wohl sein, die Analogie der Separation der Früchte durch einen unbefugten Fremden hierher zu ziehen, so daß man als Prinzip den Satz aufstellt, daß durch die Erlegung des Thieres vom Wilderer dem Grundbesitzer daran Eigenthum erworben wird.“

Die Resultate dieser Schriftsteller wären danach in aller Kürze — auf Weiteres kommt es hier noch nicht an — folgende:

I. Reyscher: Eigenthumserwerb des Wilderers durch Erlegung — Anspruch des Berechtigten (Grundbesitzers?) auf Herausgabe.

II. Gerbers frühere Ansicht: Eigenthumserwerb weder des Wilderers, noch des Grundbesitzers (Berechtigten?); Forderungsrecht des letzteren auf Gestattung der Occupation, event. Ersatz.

III. Gerbers spätere Ansicht: Eigenthumserwerb des Grundbesitzers (Berechtigten?) durch den Erlegungsakt des Wilderers, und zwar vermöge einer Quasi-Separation.

Lassen wir nunmehr auch Bluntschli a. a. O. für sich selber sprechen:

8) Und zwar — wie ich aus den mir zugänglichen Ausgaben der Folgezeit glaube schließen zu dürfen — bisher unverändert beibehalten.

9) Für Reyscher's Ansicht citirt er noch Budde de vind. rer. mobil. p. 13.

„(5.) Das Wild ist nach der richtigen Ansicht in Niemandes Eigenthum, so lange es seiner natürlichen Freiheit überlassen bleibt oder wenn es wieder in dieselbe zurückgekehrt ist. Es geht daher erst durch die Zueignung in das Eigenthum des Jägers oder Fischers oder Vogelstellers über. Der Wilderer, der das Jagdrecht eines andern verletzt, erwirbt durch Occupation zwar kein Eigenthum an dem herrenlosen Wild, weil diese unrechtmäßig und daher nicht rechterzeugend wirkt; wer aber in gutem Glauben von ihm kauft und Besitz ergreift, erwirbt Eigenthum, nicht bloßen Besitz."

Ein vollständiges Resultat für unsere Frage läßt sich aus dieser Ansicht nur vermuthungsweise ziehen, indem sie über den Jagdberechtigten sich direct nicht ausspricht. Daraus indessen, daß dem extraneus bonae fidei emtor Eigenthumserwerb zugeschrieben wird, darf man schließen, daß die Besitzergreifung des Berechtigten an dem vom Wilderer erlegten, überall noch nicht oder doch nur an einen malae fidei emtor verkauften Wilde Eigenthumserwerb für ersteren zur Folge, dieser also auch ein Klagrecht auf Auslieferung gegen den Wilderer habe. Ist er doch nicht bloß in bona fide, sondern eben der Occupationsberechtigte, und die Sache bisher noch herrenlos. — Danach wäre denn

IV. Bluntschli's Ansicht: Eigenthumserwerb weder des Wilderers, noch des nichtgutgläubigen Erwerbers; Eigenthumserwerb des gutgläubigen Käufers, ferner des Jagdberechtigten zufolge Occupation des vom Wilderer oder malae fidei possessor ausgelieferten Wildes, event. Ersatzklage gegen die letztgenannten Personen.

Zwischen diesen mehr oder weniger klaren Ansichten herrscht wenig Uebereinstimmung. Soviel ist jedenfalls klar. Erfolgt doch schon auf die allererste Frage, ob der Wilderer Eigenthum erwerbe, geradezu entgegengesetzte Antwort.

§ 3. Das römische Recht.

Die Grundsätze desselben müssen hier im Zusammenhange entwickelt werden, damit in den Resultaten für unsere Frage keine Unklarheit bleibe.

Die Eintheilung der Thiere beruht auf folgender Unterscheidung. Animalia fera (ferae bestiae, volucres, pisces) sind solche, die sich im Zustande der ursprünglichen [10] natürlichen Freiheit befinden. Bei diesen wird zwischen jagdbarem [11] und nichtjagdbarem Wilde kein prinzipieller Unterschied gemacht.

Den Gegensatz bilden zahme Thiere — animalia mansueta — solche, welche unter der menschlichen Herrschaft (im unfreien Zustande) entstehen und verbleiben; eine Mittelstufe aber die mansuefacta [12], gezähmte d. h. solche Thiere, die in der Wildheit entstanden, durch Einwirkung auf ihre Natur aber an die Unterwerfung unter Menschenherrschaft gewöhnt worden sind.

Für den Eigenthumserwerb an den letztgenannten Thieren enthalten die citirten Stellen, namentlich die §§ 12—16 Inst. de rer. div. ganz deutliche Grundzüge. An gezähmten Thieren besteht das durch freie Bemächtigung erworbene Eigenthum so lange, als die Zähmung durch Besitz oder sonstwie sich wirksam erweist. Es hört auf durch diejenige Art der Selbstbefreiung, welche sehr passend als Aufhören der consuetudo revertendi charakterisirt wird [13]. Man könnte sagen: animo (sc. revertendi) retinetur dominium animalium mansuefactorum, wie ja auch der Eigenthumserwerb durch

---

10) § 12 Inst. de R. D. (2, 1) „quae mari, coelo et terra nascuntur" (vgl. „capiuntur" in der Quelle des §, Gaj. II. § 66, sowie in L. 1. § 1. D. de A. R. D. 41, 1). Weitere Stellen unten.

11) Etwa venatica oder venatoria anim. Uebrigens entspricht resp. venatio, aucupium, piscatio dem absichtlichen Erbeuten, Erlegen, Fangen derjenigen Thiere, welche resp. „terra, coelo, mari capiuntur." L. 1. § 1. D. cit.

12) L. 4. 5. § 5. D. h. t.

13) § 15. J. l. l. (Gaj. II. § 68). L. 5. § 2—5. D. l. l. — (Vgl. Puchta Curs. der Inst. II. § 241. Not. u).

Zähmung, also am animus sich wesentlich realisirt hatte. — Bei zahmen Thieren aber kommt darauf nichts an; diese verbleiben im Eigenthum, bis ein auch für andere res in commercio geltender Aufhebungsakt eingetreten ist, werden also erst durch Dereliction, nicht aber durch Selbstbefreiung, res nullius und somit der Occupation zugänglich.

Für uns handelt es sich nunmehr um die wilden Thiere. Während die zahmen allen übrigen Eigenthumsobjecten gleichstehen, während gezähmte mittlerweile, d. h. so lange sie diese Eigenschaft bewahren, aber auch nicht länger, im Eigenthum Jemandes sich befinden, — während sie also als solche Eigenthumsgegenstände sind, nur freilich jene definitive, diese interimistische — ist das Wild als solches res nullius, und zwar natürlich-herrenlos.[14] Hierin liegt, wie wir sogleich sehen werden, die Quelle der Grundsätze über Erwerb wie Verlust des Eigenthums an demselben.

Betrachten wir den Verlust zuerst, um damit sowohl als mit den zahmen und gezähmten Thieren schon hier abzuschließen. Das lebendig gefangene und dadurch erworbene Wild gehört dem Eigenthümer zunächst quoad corpus. Zähmt er es aber, dann gehört es ihm auch quoad animum, dann wird das ferum animal einstweilen mansuefactum[15] (s. oben). Wo nicht, so verbleibt es animo ferum; nur corpore ist es proprium domini. Letzterer hat Herrschaft über den Körper erlangt, nicht über die Seele. Was folgt consequenterweise daraus für den Verlust des Eigenthums? Daß Selbstbefreiung denselben herbeiführen muß. Aber freilich eine ganz andere, als die bei gezähmten. Da sie nämlich animo wild

---

14) Verf. pflegt die res nullius einzutheilen in a) res natura nullius, die ihrer ursprünglichen oder nunmehrigen Natur oder Beschaffenheit nach Niemandem gehören, z. B. außer dem Wilde (und Anderem, vgl. § 18. J. de R. D. und Gaj. II. § 66) auch res derelictae; b) res jure nullius (juristisch herrenlose), die vermöge einer positivrechtlichen Fiction nullius in bonis sind. Dahin gehört: thesaurus, res quae ex hostibus capiuntur (§ 17 J. h. t. „jure gentium"; Gaj. II. § 69 beruft sich freilich auf „naturalis ratio"), sowie res (nostrae) ab hostibus captae.

15) Vgl. § 15. J. h. t. — L. 5. § 5. D. h. t.

geblieben, kann auch von animus oder consuetudo revertendi hier keine Rede sein. Das Eigenthum hört auf, wie es erworben war und bestanden hatte — corpore; wenn der Besitz (custodia) dadurch verloren, daß die natürliche Freiheit wiedergewonnen ist. Kennzeichen ist bekanntlich — was denn auch der einfachen Anschauung nahe genug liegt, und deshalb nicht bloß im römischen Recht sich findet[16] — daß der bisherige Eigenthümer das Thier nicht mehr mit den Augen verfolgen oder — wenn zwar dieses — doch nicht mehr leicht erreichen und in seine Gewalt zurückbringen kann.[17] Hieraus ergibt sich, daß nicht jeder Besitzverlust, sondern lediglich der durch Selbstbefreiung (oder Befreiung schlechthin) vermittelte den Eigenthumsverlust bewirkt und für neue Occupation irgend Jemandes eine Möglichkeit eröffnet (s. in den Stellen „rursus fit occupantis"), was zu folgenden Consequenzen führt:

Lebendig gefangenes Wild kann nur auf zweierlei Weise verloren werden; entweder mit des Eigenthümers Willen, durch Veräußerung, Dereliction, Consumtion; oder ohne dessen Willen, durch Befreiung, insbesondere auch Selbstbefreiung. Nicht aber durch bloße Besitzergreifung eines Dritten. Bei erlegtem Wilde fällt mit der Möglichkeit der Befreiung auch die letztere Seite der Alternative weg; es verbleibt also — abgesehen vom natürlichen Untergange

---

16) Z. B. im Jütschen Low II. cap. 40.

17) L. 5. § 4. D. h. t. — „eousque nostrum esse intelligitur, donec in conspectu nostro est, nec difficilis ejus persecutio est; alioquin occupantis fit." § 14. J. h. t. Bezeichnender ist § 12. J. eod. und L. 5. pr. D. h. t.; aber noch mehr bezeichnend für die Gegenstände (jene Stellen sprechen nur von Bienen) ist die Ausdrucksweise in der Quelle dieser Stellen, bei Gaj. II. § 67: Itaque si feram bestiam aut volucrem aut piscem ceperimus, eousque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coerceatur: cum vero custodiam nostram evaserit et in naturalem libertatem se receperit (cf. L. 44. D. h. t.), rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit: naturalem autem libertatem recipere videtur, cum aut oculos nostros evaserit, aut licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen ejus rei persecutio sit. Vgl. ähnliche Grundsätze bei den res ex hostibus captae § 17. Inst. h. t. „quae, si evaserint nostram potestatem et ad suos reversae fuerint, pristinum statum recipiunt."

— dem Eigenthümer definitiv, bis er es mit seinem Willen aufgibt.

Was gilt denn nun vom Erwerbe des Eigenthums am Wilde d. h. an den Thieren, die im Zustande der ihnen natürlichen Freiheit sich befinden? Wir sahen schon oben, daß sie res (natura) nullius sind. Daraus würde freilich an und für sich lediglich das Negative folgen, daß sie Niemandem gehören, daß sie herrschaftsfrei („in naturali libertate“) sind, — nicht aber nothwendig der positive Satz, daß sie der Bemächtigung jedes Menschen preisgegeben sein müßten. Dennoch gelangt das römische Recht zu diesem Resultat, und zwar deshalb, weil sie eben nicht bloß res nullius — dahin könnte man gewissermaßen auch die res communes omnium rechnen — sondern weil sie außerdem in commercio privatorum sind, weil sie nicht zu den ausnahmsweise extra commercium gestellten Sachen gehören. Der römische Staat hat weder sich selbst, noch gewissen auserwählten Staatsbürgern, noch auch der gesammten menschlichen Gemeinschaft den Genuß dieser res nullius vorbehalten. Dies eben ist zu subintelligiren, wenn in der Hauptstelle, dem § 12 Inst. de R. D., gesagt wird:

> „Ferae igitur bestiae, et volucres, et pisces, id est omnia animalia quae mari coelo et terra nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur[18]; nec interest“ etc.

Wir erhalten hier auf die Fragen Wer? und Wie? — nämlich, wer Eigenthum am Wilde erwerbe, und auf welche Weise — eine einfache, klare Antwort: Jeder, und zwar durch Bemächtigung, weil es noch res nullius war, in natürlicher Freiheit sich befand. Setzt doch Occupation eine res (natura oder jure) nullius

18) Kürzer ist Gaj. II. § 66, sowie L. 1. § 1 — L. 3. pr. D. h. t.; nur ist hier das Einschiebsel der L. 2 nicht ohne Interesse: (Florentinus libro VI. Inst.) „vel quae ex his apud nos sunt edita.“ cf. § 19. Inst. h. t.

voraus. An dieser gewährt sie Eigenthum, und zwar dem primus occupans, Jedem sei's wer da wolle.

Schon hieraus läßt sich vermuthen, daß ein Vorrecht, ein privilegirtes Occupationsrecht — wie es z. B. das Wesen des heutigen Jagdrechts ausmacht — den Römern bei allen res nullius in commercio privatorum überhaupt durchaus unbekannt ist. Eine Behauptung, die übrigens nicht mißverstanden werden darf. Allerdings kennt das römische Recht ausnahmsweise Personen mit beschränktem commercium, und mit Bezug auf solche Personen — übrigens bald aus sachlichen bald aus persönlichen Gründen — spricht es von „res, quarum commercium quis non habet.“ [19] — Allein der umgekehrte Standpunkt, Beschränkungen der freien Occupation im heutigen Sinne, so daß bei gewissen Sachen die allgemeine Erwerbung regelmäßig völlig ausgeschlossen wäre, und zwar zu Gunsten gewisser Personen oder Stände, — solche Beschränkungen einerseits, Monopolrechte andererseits, sind demselben fremd geblieben.

Die persönliche Freigebung läßt schon auf örtliche Unbeschränktheit schließen; m. a. W. wir dürfen von vornherein annehmen, daß die Wildoccupation nicht etwa nur an bestimmten Orten, sondern **überall** stattfinden durfte. Denn nicht zufolge seines Grundeigenthums oder dinglichen Rechts, sondern kraft menschlicher Willens- und Handlungsfähigkeit erwirbt der Occupant die res nullius. Es kann also darauf, ob er auf eignem oder fremdem, auf privatem oder öffentlichem Grunde gejagt und gefangen haben mag, nichts ankommen. — Während Gajus a. a. O. darüber schweigt, entscheidet der citirte § 12 Inst. — und fast gleichlautend L. 3. § 1. D. h. t. — die Frage ausdrücklich verb.:

> „— nec interest, feras bestias et volucres [20] utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno.“

---

19) Vgl. L. 40. D. de legat. I. und andere bei **Burchardi** System I. § 48 a. E. citirte Stellen.

20) Die Fische werden wohl nur deshalb nicht erwähnt — was auch die Worte der L. 3. § 1. cit. „quod ad feras bestias et volucres“ anzudeuten scheinen — weil fundus dann nicht passen würde, welches Wort wohl coelum

Also stand im römischen Rechtsgebiete, wie heutzutage in den jagdfreien Districten — in denen, wo „freie Pürsch" gilt — dem Jäger (Vogelfänger, Fischer) ohne Schranke oder Grenze Land, Luft und Wasser offen. Auch ist damit keineswegs in Widerspruch die nicht unbestrittene und etwas unklare L. 55. D. h. t. (Proculus). Der Fall ist dieser: In einer von A gelegten Jagdschlinge hat ein Eber sich gefangen, B denselben entweder a) mit sich genommen, oder b) laufen lassen; quaeritur: ob der Eber dem A gehört hatte, ob — wenn dies angenommen wird — im Falle b das Eigenthum wieder aufgehört, endlich welche Klage in beiden Fällen (a und b) A gegen den B habe. Es erwidert Jemand[21]: vielleicht komme darauf etwas an

> — in publico, an in privato posuerim: et si in privato posui, utrum in meo an in alieno; et si in alieno, utrum permissu ejus cujus fundus erat, an non permissu ejus posuerim; praeterea, utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit.

Die letzten Worte zeigen, daß diese Einwürfe sämmtlich bei der Vorfrage stehen bleiben, ob der Eber sich wirklich in der Schlinge des A gefangen hatte, und so dessen Eigenthum geworden. War er so verstrickt, daß er sich selbst nicht mehr herauswickeln konnte, dann war der Fang geschehen, die Bemächtigung vollendet, sonst nur vergeblich versucht. Dasselbe konnte aber auch dann der Fall, der Fang unvollendet — keine Bemächtigung — sein, wenn A seine Schlinge nicht auf eignem oder ihm verstattetem fremden Grunde, sondern etwa „in publico" oder „in alieno, non permissu ejus cujus fundus erat" gelegt hatte. Denn da er nicht persönlich,

---

et terra, nicht aber mare in sich schließen kann. Uebrigens gilt von pisces in mari et stagno (stagno suo, alieno) ganz dasselbe. S. über den Gegensatz: nämlich Fische in Teichen (piscinae), Wild in Thiergärten (vivaria) L. 3. § 14. 15. D. de adqu. poss. (41, 2).

21) Jedenfalls nicht Proculus selbst, wie der Schlußsatz „tamen — puto esse" zeigt.

sondern durch ein Werkzeug, und zwar ignorans ob und wann, den Fang gemacht, konnte derselbe vor der Vollendung noch durch mancherlei dazwischentretende Thätigkeit des Grundeigners unterbrochen und verhindert werden,

„multa accidere poterant, ut feram non caperet.“[22]

Der Schluß der Stelle, welcher des Proculus eigene Entscheidung enthält, wird unten Verwendung finden. Hier genügen zur Bestärkung unserer obigen Erklärung die Worte des Juristen:

Summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit etc.

Eben dies konnte ja durch Selbstbefreiung des Thieres, durch Occupation oder Befreiung von Seiten des B oder des Grundeigners vielleicht vereitelt worden sein.

Soviel steht also fest: ist die Occupation des Wildes vollendet, so daß es „in potestatem occupantis pervenit,“ dann kommt nichts darauf an, ob es auf eignem oder fremdem Grunde, in letzterem Falle, ob offen oder heimlich, ob mit oder ohne Erlaubniß des Grundeigners geschehen sein mag. Der Occupant ist Eigenthümer des gefangenen oder erlegten Wildes. — Allein wenn nun Dritte einen Eingriff in das so erworbene Eigenthumsrecht sich erlauben, dann folgt von selbst ein Unterschied zwischen diesen beiden Fällen. Das erlegte Wild ist — da die Möglichkeit der Befreiung, des „recipere naturalem libertatem“ weggefallen — definitives Eigenthum des Occupanten, kann nur durch dessen Veräußerung auf Andere übergehen, wird von ihm vindicirt wo er es findet, und hat für den malae fidei possessor möglicherweise die Folgen der ficta possessio, der actio furti, oder der condictio ob injustam causam, — ruft bei nur culposer Verletzung oder Entziehung neben der Vindication die actio legis Aquiliae hervor. Dasselbe gilt natürlich von dem lebendig gefangenen Wilde dann, wenn ein Anderer Besitz daran ergreift[23] und es selbst behält oder consumirt;

22) Vgl. L. 5. § 1. D. h. t. — S. auch Puchta Vorl. zu § 154.

23) L. 55. laud. verb. „exemtum eum abstuli“ — „videor tuum aprum abstulisse,“

gleichviel ob der Eigenthümer es in ruhigem Besitz hatte oder noch mit Aussicht auf Gelingen in dessen Verfolgung begriffen war.[24] — Gesetzt aber, das lebendig gefangene Wild wird dem Eigenthümer A — welcher dieses durch vollendete Bemächtigung oder Tradition des Occupanten geworden — dadurch entzogen, daß Jemand es befreit und dadurch seiner natürlichen Freiheit wiedergibt, wie dann? Auf diese Frage bezieht sich das schließliche Responsum des Proculus in L. 55. laud.:

> Summam tamen etc. (s. oben) — factus sit, sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses, eo facto meus esse desiisset, (et)[25] actionem mihi in factum dari oportere etc.[26]

Das losgelassene, seiner Freiheit wiedergegebene Thier hört auf Eigenthumsgegenstand zu sein. Damit ist die Vindication des A ausgeschlossen. Er hat aber gegen den Befreier B — mag dieser übrigens ein Dritter oder der Grundeigenthümer selber sein (s. indeß darüber unten) — eine actio in factum auf Schadensersatz. Warum nicht die condictio ob injustam causam? Schon deshalb nicht, weil diese dolus (mala fides) und entweder Eigenthumserwerb oder doch Bereicherung des B voraussetzen würde. Warum aber nicht die actio legis Aquiliae, — die ja für culpa wie dolus paßt? In der That ist diese im eigentlichen Sinn ausgeschlossen dadurch daß das Thier nicht beschädigt, sondern nur losgelassen und

---

24) Cf. L. 5. § 1. D. h. t. verb.: Trebatio placuit, statim nostram esse (feram) et eousque nostram videri, donec eam persequamur; quodsi desierimus eam persequi, desinere nostram esse, et rursus fieri occupantis. Itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse.

25) Das et fehlt — sicher mit Recht — in mehreren Handschriften.

26) Die folgenden Schlußworte „veluti responsum est, quum quidam poculum alterius ex nave ejecisset" — enthalten denn freilich eine recht traurige Analogie, da die „naturalis laxitas" durchaus nicht passen will, und das Eigenthum am Gegenstande eben nicht aufgehoben wird. Sollte es daher ein zu kühner Vorschlag sein, statt „poculum" zu lesen „porculum" (Meerschweinchen, ein Fisch), und diesen porculus lebendig sein zu lassen, so möchte ich einen Zusatz der Compilatoren darin sehen.

so entkommen ist.[27] — Die Bezeichnung in factum actio paßt hier sowohl im Sinne des Formularprozesses — so daß die Formel je nach den Umständen das spezielle schadenbringende Ereigniß in sich aufnimmt — als in dem des Justinianischen Rechts, wo nur die spezielle technische Bezeichnung der Klage, die den Umständen nach unpassend oder präjudizirlich sein würde, dahingestellt bleiben soll.[28] Für den Gegenstand und Erfolg der Schadensersatzklage — welche übrigens als „actio in factum accommodata legi Aquiliae“ keineswegs ausgeschlossen ist (arg. L. 11. D. de praescr. verb.) — wird dann von Bedeutung sein, ob in concreto die Befreiung dolo oder culpa, und von wem sie begangen ist.

§ 4. Fortsetzung.

Allein: Muß denn der Grundeigenthümer — oder wer diesen repräsentiren mag, zufolge dinglichen oder persönlichen Rechts — jene Occupation des Wildes auf seinem Grundstücke sich gefallen lassen? Braucht er sie zu gestatten? — Soviel steht fest: er hat als solcher kein Monopol auf diese Art des Eigenthumserwerbs innerhalb seines Gebietes, — kein „Jagdrecht.“ Insoweit steht er jedem Dritten, jeder Dritte ihm gleich. Allein — auf der andern Seite ist er doch Herr seines Grundes und Bodens! Wie läßt das sich vereinigen?

Betrachten wir zunächst seine rechtliche Stellung in dem Stadium, wenn Jemand der Wildoccupation auf seinem Grund und Boden sich unterfangen will, folglich: ehe das ausgeführt ist. Gesetzt also, B will das Grundstück des A ohne dessen Erlaubniß („non permissu ejus“) betreten, um zu jagen, zu fischen u. s. w. Kann A, der dies voraussieht, den B nicht daran hindern? Der

27) Puchta Curs. der Instit. III. § 277 (S. 122). Auch nicht die utilis Aquilia, s. § 16 J. de leg. Aquil. (4, 3) in fine, welche Stelle ausdrücklich für Fälle, wie der unsrige, auf eine in factum actio verweist, — weil „nec corpore damnum datum, neque corpus laesum fuerit.“

28) Vgl. Puchta a. a. O. II. § 165. Not. vv. § 185 i. A.

gesunde Menschenverstand gibt die Antwort, nicht weniger der Begriff des Grundeigenthumsrechts. Hören wir die Quellen.

L. 3. § 1. D. h. t. (41, 1)

> Nec interest, quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, jure prohiberi ne ingrederetur.[29]

Es hat also der dominus fundi — der Staat in publico, der Privateigenthümer in privato — ein Verbietungsrecht. Dasselbe folgt aus dem Begriff des Eigenthums. Zwar ist das jus venandi strenggenommen nicht als ein positiver Bestandtheil des Grundeigenthums zu betrachten, so daß es in dem jus faciendi, in dem Rechte mit dem fundus und auf dem fundus nach Belieben zu schalten und zu walten, begriffen wäre. Denn venari in fundo kann der Grundeigner nur gleichwie jeder Andere; er kann es jure hominis, nicht jure domini, d. h. nicht im Sinn einer ausschließlichen Eigenthumsbefugniß. Allein vermöge des negativen Inhalts des Grundeigenthums, vermöge des jus prohibendi hat er das Recht jeden Dritten d. h. jeden nicht dinglich oder obligatorisch dazu Berechtigten von dem Betreten seines Grundstücks, also auch von der Möglichkeit oder Voraussetzung des Jagens auf demselben auszuschließen. Die Stellen sagen mit Recht „prohiberi, ne ingrederetur“ (nicht: venaretur). — Wenn nun das Verbot nicht befolgt wird, wenn der Eindringling dessenungeachtet zum Jagen, Fischen u. s. w. sich anschickt, dann wird das Verbietungsrecht — soll es nicht ein bloßes Scheinrecht sein — zum Klagrecht.

Welche Klage hat denn der Grundeigenthümer, um den Unbefugten vom drohenden, bevorstehenden Betreten seines Grundstücks abzuhalten? Die negatoria (negativa) actio; wir zweifeln keinen

---

29) Fast gleichlautend § 12. J. h. t. — Eine Wiederholung des letzten Satzes findet sich auch in L. 5. § 3. D. h. t. in fine.

Augenblick daran. Die Theorie dieser Eigenthumsklage scheint mir, beiläufig gesagt, insofern noch im Argen zu liegen, als man — verführt durch einige Quellenäußerungen — den wahren Klaggrund der negatoria im Verhältniß zur vindicatio zwar richtig aufzufassen, aber nicht ebenso richtig zu bezeichnen pflegt. Man urgirt m. E. ohne hinreichenden Anhalt die s. g. totale und partielle Eigenthumsverletzung; man legt noch immer zuviel Gewicht auf die s. g. Freiheit oder Unbeschränktheit des Eigenthums, als Zweck der Klage.[30] Der gesammte Inhalt des Eigenthumsrechts liegt, wie gesagt, begriffen in dem positiven jus faciendi und in dem negativen jus prohibendi. Wie nun die Verletzung des ersteren die vindicatio rei im eigentlichen Sinne, so ruft eine Verletzung des letzteren die negatoria hervor. Darin liegt der wahre Unterschied: daß beide Klagen zwar auf einem gemeinsamen Grunde — dem Eigenthumsrechte — beruhen, aber auf verschiedenen Seiten oder Richtungen, so zu sagen Lebensäußerungen dieses Rechtes und Klaggrundes. Weil nun eben das jus prohibendi des Eigenthümers durch dieselbe gegen einen bevorstehenden, begonnenen oder geschehenen Angriff sich in Bewegung setzt, deshalb kann die negatoria auch prohibitoria actio genannt werden.[31] Es dürfte übrigens kaum mehr einem Zweifel unterliegen, daß jeder Eingriff in das jus prohibendi des Eigenthümers, möge solcher Eingriff die Behauptung des dinglichen oder persönlichen Rechts enthalten oder nicht — man sieht das eben der unbefugten Handlung meist gar nicht an — dazu

---

30) Auch noch — außer Mühlenbruch Pand. § 292 — Puchta Pand. und Vorl. § 172. Arndts Pand. § 169.

31) Vgl. u. a. L. 17. pr. D. si serv. vind. (8, 5). L. 11. 14. pr. eod. L. 28. D. comm. divid. (10, 3). S besonders auch L. 5. pr. D. si ususfr. pet. (7, 6) verb.: „actio negativa domino competat — — cum invito se negat jus esse utendi fruendi, vel sibi jus esse prohibendi." Damit soll weder geleugnet werden, daß die prohibitoria actio in einem besondern Sinn unter Miteigenthümern Anwendung finde, noch auch, daß ebenfalls andere dinglich Berechtigte außer dem Eigenthümer ihr Recht bei ähnlichen Voraussetzungen mit einer actio negatoria s. prohibitoria geltend machen können. Vgl. auch Rudorff zu Puchta Inst. II. § 232. Not. y*).

geeignet ist die negatoria hervorzurufen,[32] also auch unbefugtes Betreten des Grundstücks venandi aucupandi piscandi gratia. Der Kläger behauptet also: ich leugne, daß du das Recht hast mein Grundstück wider meinen Willen zu betreten (um zu jagen), — oder so: ich habe das Recht dir das Betreten (Jagen) zu verbieten, und beruft sich auf die solchem Verbietungsrechte widersprechende Anmaßung des Beklagten. Sein Klaggesuch geht hinaus auf Anerkennung seines Eigenthums, folglich des jus prohibendi, richterliches Verbot der Anmaßung, event. Schadenersatz für schon Geschehenes.

Dieser Klage kann nun, außer der Bestreitung des klägerischen Eigenthums, der Beklagte die Behauptung entgegensetzen: Jus mihi est tuum ingrediendi (in tuo venandi), folglich: Jus tibi non est (ita) prohibendi. Aus welchem Rechtsgrunde aber? Nicht aus der allgemeinen Jagdfreiheit; denn diese gewährt kein Recht, zu solchem Zweck einem Verbot zuwider fremden Grund zu betreten. Er könnte auf ein spezielles dingliches Recht sich berufen, welches ihn zum Jagen, folglich zum Betreten des fremden fundus ermächtige. Wie soll das römische Recht ein solches jus venandi in alieno sich denken? Als eine Servitut? Realservitut, die dem praedium (vicinum) des Beklagten zustände, kann es nicht sein. Mag immerhin der Wildstand als perpetua causa, mag also ein praedium serviens gedacht werden können[33] — es fehlt an dem commodum praedii dominantis, und damit an einem wesentlichen Erfordernisse, an dem individuellen Inhalte und Maßstabe des Prädialrechts.[34] Jedenfalls werden auch diejenigen, welche

32) S. u. a. die bei Vangerow Leitf. § 353. Anm. 1., Burchardi System § 162 citirten Stellen, insonderheit L. 8. § 5. L. 13. 14. § 1. D. si serv. vind. (8, 5) und L. 2. D. de arbor. caed. (43, 27). Vgl. auch Puchta Inst. II. § 232. Not. y.

33) Auf L. 26. D. de usur. werden wir später noch zurückkommen.

34) L. 8. pr. D. de servit. (8, 1), vgl. die übrigen bei Puchta § 183. Not. c) angeführten Stellen. Es ließe sich ein jus venandi höchstens so mit dem praedium (des A) in Verbindung bringen, daß dessen Bedürfniß forderte oder es demselben Vortheil brächte, wenn durch Jagen des A auf dem Nach-

etwa auf ein „commodum amoenitatis“[35] sowie auf die etwaige Wertherhöhung des berechtigten Grundstücks sich berufend die Möglichkeit eines jus venandi als Prädialservitut behaupten sollten, zugeben müssen, daß den römischen Quellen eine solche unbekannt gewesen. — Auf eine spezielle Personalservitut dieses Inhalts könnte m. E. der Beklagte seine venatio ebenfalls nicht stützen, sondern lediglich auf einen allgemeinen oder eben hierauf beschränkten ususfructus. Dies setzt aber voraus, daß venatio in alieno als fructus praedii alieni gedacht werden könne. Ist das nun der Fall? Mehrere Stellen sprechen dafür,[36] indem sie dem Usufructuar die Ausbeute der Jagd zusprechen, — eine Stelle scheinbar dagegen:

L. 26. D. de usur. et fruct. (22, 1). (Julianus) Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.

Der räthselvolle Anschein dieses Ausspruches verschwindet gänzlich bei näherer Betrachtung. Julian sagt zunächst: „Die venatio ist an sich nicht fructus fundi.“ Ganz richtig. Denn fructus ist der Gewinn, das Produkt, welches eine Sache ihrer Bestimmung gemäß abwirft; Wild abzuwerfen ist nicht die Bestimmung eines Grundstücks als solchen. Noch mehr; das Wild auf dem fundus ist res nullius, nicht (wie fructus rei) ejus cujus fundus est. An sich also ist in dem „fructus“ des Grundstücks die Ausbeute der Jagd (venatio) sicherlich nicht inbegriffen. — Allein es gibt eine Ausnahme. Darum sagt der Jurist weiter: „es sei denn, der fructus eines fundus bestände eben in der Jagd“,[37] d. h. es wäre

bargrundstücke (des B) einem übertriebenen Wildstande des letzteren und somit Nachtheilen für ersteres vorgebeugt würde.

35) L. 3. pr. D. de aqua (43, 20).

36) L. 9. § 5. D. de usufr. (7, 1): Aucupiorum quoque et venationum reditum Cassius ait libro octavo Juris civilis ad fructuarium pertinere; ergo et piscationum. — L. 62. pr. eod.: Usufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis probe dicitur; nec aprum aut cervum, quem ceperit, proprium domini capit, sed fructus aut jure (civili) aut gentium suos facit. Vgl. auch § 1. eod.

37) Diese Erklärung — welcher auch Puchta Pand. und Vorl. § 37 bei-

eben dieser (spezielle) fundus zur Fruchtbeziehung durch Jagd (allein oder doch mit-) bestimmt. Solche fundi gibt es ohne allen Zweifel. Man braucht an bewaldete, an unfruchtbare Landstrecken gar nicht einmal zu denken. — Diese sachgemäße Beschränkung, welche eben der Begriff fructus fordert, ist denn auch in den scheinbar widersprechenden Stellen zu subintelligiren.

Die exceptivische Behauptung des Beklagten nun: sed jus mihi est venandi (tuum ingrediendi), welche unter Umständen auf ein dingliches Recht sich stützen läßt, und zwar, wie wir gesehen haben, auf ein usufructuarisches, um so mehr denn — wenn wirklich in praxi dazu Veranlassung sein sollte — auf ein emphyteutisches, — würde natürlich geeignet sein, die negatoria zu entkräften.

Aber läßt denn nicht auch ein obligatorischer Anspruch des Beklagten auf venatio sich denken, der denn durch exceptio doli geltend zu machen wäre? Am nächsten liegt Verpachtung der venatio (Jagdpacht). Obgleich mir keine Stelle bekannt ist, die dessen erwähnte, glaube ich dennoch, daß Verpachtung in derselben Beschränkung geschehen konnte, welche für die dingliche Berechtigung galt, nämlich nur soweit, als die venatio zu den fructus fundi gehörte. Immer, und ganz unbeschränkt aber ließ ein obligatorisches Recht des Inhalts sich constituiren, daß der Grundeigenthümer zur Gestattung, Nichtbehinderung des ingredi fundum venandi causa, also zu einem pati, non prohibere sich verbindlich machte. Hatte er auf diese Weise diesem Beklagten gegenüber contractlich auf das Verbietungsrecht verzichtet, oder gar demselben fructus venationis verpachtet, dann wurde natürlich durch dessen exceptio pacti (doli) die negatoria zurückgeschlagen.

Betrachten wir nunmehr den zweiten Fall: die Stellung des Grundeigenthümers (A) in dem Stadium, wenn irgend Jemand

---

zustimmen scheint — wird bestärkt durch die ähnliche Ausdrucksweise anderer Stellen, so der L. 4. D. de S. Pr. R. (8, 3) verb.: „si praedii fructus maxime in pecore consistat.“

(B) wider sein Verbot oder doch ohne seine Erlaubniß der Wild-occupation sich unterfangen hat, also nachdem dies geschehen ist. Das von B occupirte Wild gehört diesem, darüber sind wir im Klaren. Es verbleibt ihm auch; A hat keinen Anspruch auf die occupirte res nullius, keine Vindication oder exhibitorische Klage, keine persönliche Forderung auf Auslieferung des von B jure naturali erworbenen Eigenthums. Eben daraus folgt, daß A auch keinerlei condictio — weder ob injustam causam noch sine causa — anstellen kann. Hatte er doch an dem von B occupirten Gegenstande weder Eigenthumsrecht noch irgend welches andere jus quaesitum. Folglich gebührt auch nicht ihm, sondern dem B das Wildergut (der Fang), dessen Werth, die Bereicherung. Dieser hat juste erworben, nicht injuste, nicht sine causa. — Allein das „ingredi fundum alienum!" Es ist doch immerhin die Invasion eines fremden Grundstücks „non permissu domini" begangen, einem Verbot zum Trotz oder unter Umgehung eines zu erwartenden Verbotes, — also eine Rechtsverletzung. Vielleicht ist gar ein Schaden zugefügt, an Aeckern, Saaten, Gehegen u. s. w. Das römische Recht gewährt hier dem verletzten Grundeigner vielfache Klagen und Rechtsmittel. Zunächst aus dem Gesichtspunkt einer Besitzstörung das interdictum de vi [38] oder das interdictum uti possidetis (scil. eum fundum), je nachdem bei der Besitzstörung die vis urgirt wird oder nicht. Ferneren Schutz verspricht nach römischer Auffassung die actio injuriarum, wenigstens dann, wenn der Trotz des unbefugten Eindringlings einen animus injuriandi zu involviren scheint. Dies läßt zur Noth aus L. 13. § 7. D. de in jur. (47, 10) sich herleiten [39]

38) L. 11. D. de vi (43, 16): Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo, sive inserendo — — sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit. Daß mit dem gestörten Besitze keineswegs der des Wildstandes, sondern eben der des sine permissu betretenen fundus gemeint sein kann, versteht sich von selbst. S. noch L. 3. § 14. D. de adqu. poss. (41, 2).

39) S. u. a. Mühlenbruch Pand. § 247. Not. 6, der auch nicht ganz ohne Fug auf L. 25. D. de act. emti (19, 1) sich beruft.

— wenn dieselbe gleich bis zu den Schlußworten nur von demjenigen spricht, welcher am Fischen ohne Fug gehindert worden ist —, besonders aber aus den §§ der L. 5. D. eod.,[40] welche das „domum introire“ auch auf unbefugtes Betreten fremder Grundstücke ausdehnen und dem Verletzten die Injurienklage gewähren. Ueberdies kann im Falle der Beschädigung am Grundstücke vielleicht die actio legis Aquiliae zum Ziele führen. Dieser Anspruch ließe sich stützen auf das dritte Capitel der Lex Aquilia, wie es referirt wird in L. 27. § 5. D. ad leg. Aquil. (9, 2) verb.:

> Ceterarum rerum — — si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit etc.

und seine Erklärung findet im

§ 13. J. h. t. (4, 3):

> Capite tertio de omni cetero damno cavetur. — — item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum injuria datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur etc.[41]

Wie immer man über diese Frage denken mag, jedenfalls ließe sich — und das genügt für unsern Zweck — aus dem § 16. J. h. t. eine actio in factum accommodata legi Aquiliae herleiten; umsomehr als ja sogar ein damnum corpore rei datum hier vorausgesetzt wird.

Alle diese Klagen — welche nur von verschiedenen Gesichtspunkten: der Besitzstörung, persönlichen Verletzung, Sachbeschädigung ausgehen und bald dolus, bald daneben auch culpa, bald vis behaupten — sind gerichtet resp. auf Schadenersatz, persönliche Genugthuung, Verbot künftiger Invasion.

Endlich bedarf es kaum der Anführung, daß die schon oben näher erörterte negatoria actio, und zwar mit derselben Begrün-

---

40) Vgl. die §§ 2—5 dieser Stelle, namentlich die letzten beiden.
41) S. auch Gaj. III. § 217.

dung wie dort, volle Anwendung finde. Nur ist hier die Veranlassung eine andere, nämlich ein übertretenes Verbot, oder doch eine geschehene thätliche Verletzung des jus prohibendi durch Betreten des Grundstücks. Und eben deshalb geht auch das Gesuch darauf, daß künftige Wiederholung bei Strafe verboten oder Realcaution (de non amplius turbando) auferlegt werde, — je nach Umständen auch auf Ersatz für die erlittene Verletzung.[42]

Für uns wesentlich ist folgendes Resultat dieser Betrachtung:

Das römische Recht kennt am Wilde kein Jagdrecht im heutigen Sinne d. h. keine privilegirte Befugniß zu dessen ausschließlicher Occupation, — folglich auch keinen Wilddiebstahl (Wilderei). Im Gegentheil; alles Wild ist als res natura nullius der freien Bemächtigung preisgegeben (Jagdfreiheit) und gehört definitiv dem Occupanten, — während der Grundeigenthümer jedes nicht durch besonderen Rechtstitel gewährte Betreten seines Grundstücks, also auch das venandi causa stattfindende, verbieten und auf verschiedenen Wegen rechtlich verfolgen kann.

Dieses Resultat war nur möglich bei consequenter Anwendung allgemeingültiger Grundsätze (jus commune); nur möglich, wenn man den Begriff eines privilegirten Occupationsrechts (jus singulare) nicht anerkannte.

§ 5. Das germanische Recht. Mittelalter und Neuzeit.

Bei der römischen Lehre habe ich länger verweilt als zu geschehen pflegt, eben weil die bisherigen Darstellungen das Gepräge der Lückenhaftigkeit tragen, bei scheinbarer Klarheit manchen wesentlichen Punkt im Dunkel lassen.[43] Jene Lehre mußte aus mancherlei

---

42) L. 4. § 2. L. 12. 14. pr. D. si serv. vind. (8, 5). L. 8. C. de servit. (3, 34). L. 5. § 6. D. si ususfr. pet. (7, 6).

43) Man vgl. nur u. a. in Puchta's Vorl. zu § 154 folgende Sätze:

Ecken und Winkeln des Justinianischen Rechts und seiner Quellen zusammengesucht werden; was wiederum den nicht Wunder nehmen darf, welcher bedenkt, daß die venatio dort ein eigentliches Rechtsinstitut (jus venationis) nicht bildete und nicht bilden konnte.[44]

Wenn nunmehr die geschichtliche Entwickelung des heutigen germanischen Jagdrechts der römischen Theorie gegenübergestellt werden soll, so können wir uns bei dem jetzigen Stande der Literatur um so kürzer und übersichtlicher fassen, als die Quellenaussprüche größtentheils in reichhaltiger Jedem zugänglicher Sammlung sich finden,[45] und die Darstellungen der germanistischen Lehrbücher und Abhandlungen recht vollständig und im Wesentlichen übereinstimmend sind.[46]

Ursprünglich scheint das Jagdrecht zu den gemeinsamen Rechten (Genossenschaftsrechten) gehört zu haben, und zwar so, daß Subject desselben der ganze Volksstamm auf seinem Gesammtgebiete, zur Theilnahme an der Ausübung aber jeder freigeborene Volksgenosse berufen war. Mit der Ausbildung des unbeweglichen Privateigenthums veränderte sich diese ältere noch in den Volksrechten wie in den Rechtsbüchern des frühesten Mittelalters angedeutete Auffassung dahin, daß die Jagd als ein Zubehör des Grundeigenthums angesehen wurde. Möglich, daß diese Anschauung bei den wenig ausgeprägten Rechtsbegriffen aus einem unklaren Verständnisse des dem Grundeigner zustehenden Verbietungsrechts entsprungen ist. Möglich auch — was mir wahr-

---

„Von dieser Wirkung der Occupation ist das Jagdrecht zu unterscheiden. Nach römischem Recht lag es im Grundeigenthum (!?). Der Eigenthümer konnte Jeden von seinem Boden abhalten" u. s. w.

44) Nicht selten begegnet uns in den Quellen die venatio unter dem Gesichtspunkt der ludi (venatorii), spectacula, ornatus civitatis, als Kampf- oder Jagdspiel (Schaujagd); vgl. z. B. L. 8. § 11. 12. D. de poenis (48, 19). L. 122 pr. de legat. I. (30). L. 4. D. de administr. rerum ad civit. pertin. (50, 8).

45) S. namentlich Kraut Grundr. § 121, auch §§ 119. 120.

46) Eine Uebersicht der Literatur findet sich, außer in mehrern Lehrbüchern des deutschen Privatrechts, in Weiske's Rechtslexicon Bd. V. S. 420 „Jagdrecht" Anm. 1 flg.

scheinlicher vorkommt —, daß die „Gewere“ als Ausgangspunkt zu dieser Consequenz geführt hat. Der Eigenthümer konnte nicht bloß Jeden vom Betreten seines Grundes ausschließen; er war auch als Vertreter des Grundes und Bodens zugleich der alleinberechtigte Vertreter und Nutznießer alles dessen, was auf demselben sich befand, bis Jemand ein erworbenes Recht daran ihm gegenüber nachgewiesen hatte; m. a. W. das Recht der Gewere umfaßte mit dem Unbeweglichen und vermöge desselben auch alle auf demselben befindliche Fahrniß, also auch das Wild. Hieraus folgte wenigstens, daß jede eigenmächtige Occupation von Seiten Dritter eine Verletzung des Vertretungsrechts, ein Gewerebruch, und als solcher strafbar war, — wenn auch das erbeutete Wild nicht herausgefordert werden konnte, also dem Gewerefriedensbrecher (Wilderer) verbleiben mußte.[47] — Nun brauchte man späterhin nur einen Schritt weiter zu gehen und dieses Recht der Gewere zu einem ausschließlichen Jagdrecht des Grundeigenthümers zu steigern, um so dem Verletzten außer seinem Strafverfolgungsrecht auch einen Anspruch auf das vom unbefugten Dritten occupirte Wild zu gewähren, und dadurch die Pertinenzqualität der Jagd zur vollen Geltung zu bringen. Allein diese organische Entwickelung scheint eben damals durch die Ausdehnung der landesherrlichen Bannforste und die schon hin und wieder auftauchende Prätension eines Jagdregales unterbrochen worden zu sein. Ersteres Institut fällt anerkanntermaßen bereits in die Periode der fränkischen Herrschaft (das 9. Jahrh.). Von letzterem wird nicht selten behauptet, daß es erst im sechzehnten Jahrhundert aufgekommen sei. Es deuten indeß manche Spuren auf viel frühere

---

47) Vgl. die ersten Stellen bei Kraut § 119 und 121, und dazu die bei Gerber Syst. § 92. Anm. 5 citirte Stelle des Schwabensp. (art. 236) „ein jeglich wild ist eines Mannes mit rechte, di wile ez in sînem gewalte is.“ Ferner aus den nordischen Quellen König Knuds Engl. Gesetz c. 81: „Volo etiam, ut quilibet homo sit dignus venatione sua in silva et in agris sibi propriis, ac abstineat quilibet a venatione mea ubicunque pacem haberi volo pro plena mulcta.“ Vgl. Schwedisches Lov XI Cap. 5—9. S. Kofod Ancher Lovhistorie I. Abh. 3 § 23. Kolderup Rosenvinge Dansk Retshist. 1. § 109. Ferner Jütsches Lov II. Cap. 46. „Um Hiorth ran“ (Jordran).

Zeit hin, wenigstens was den Ursprung betrifft, während zwar der Höhepunkt der neuen Regalität und zugleich der Beginn seiner Anfechtungen von erwähnter Periode datiren mögen.

Der Uebergang vom Grundjagdrecht zur Jagdregalität wurde — unterstützt von der Erstarkung der absoluten Herrschergewalt — durch das Zusammenwirken sehr verschiedener Ursachen vermittelt. Einmal, wie gesagt, eben durch das Aufkommen und Anwachsen der königlichen Bannforste, welche allmälig alle größeren Waldungen, vornehmlich auch in den neuerworbenen Ländern und Gebieten, umfaßten. Dazu kam die nicht allzufern liegende Vorstellung, daß bei Auflösung der älteren Genossenschaften gewisse Gemeinrechte, namentlich auch die Jagd auf dem Gemeinlande (Almende, Alminding) dem Staate oder Könige zugefallen;[48] welche Vorstellung von der andern weitverbreiteten und später eifrig vertheidigten Theorie, daß alles Herrenlose dem Staat oder Herrscher gebühre, wesentlich unterstützt wurde. Ferner konnte auch die Entstehung und Ausbildung des lehns- und landesherrlichen Obereigenthums nicht ohne Einfluß bleiben. Es bedurfte nur der Vermischung der staatlichen Oberaufsicht (Jagdhoheit) mit den dem s. g. Obereigenthum vorbehaltenen Rechten, um das Jagdregal ins Leben zu rufen und dem Untersassen, ja dem Grundeigenthümer im Allgemeinen ein, wie wir oben gesehen haben, kaum noch klar erkanntes und ausgebildetes Grundrecht — das Jagdrecht nämlich — gänzlich zu entziehen, oder vielmehr — es in der Geburt selbst zu ersticken. Zu allen diesen Ursachen gesellten sich bekanntlich theils schon früh theils späterhin gewisse politische und staatswirthschaftliche Gründe: die Nichtwaffenfähigkeit der Bauern und niederen Stände; die Rücksicht auf Gefährdung des Wildstandes und auf die allgemeine Sicherheit, — Gründe, welche wenigstens für Aufrechthaltung der bereits

---

48) S. Jütsch. Lov I. Cap. 53 verb: „utaen thaet aer alminning, thaerae a Kunung jord oc boendaer skogh" (Eckenberger: Idt were denn gemene Erde, so gehöret dem Köninge de Erde: deme Bonden dat holdt). Das. III. Cap. 61. „oc thet thaer aengi man a. thet a kvnung" (Eckenb.: Unde wat sonste Nemandt tho gehöret, dat gehöret dem Köninge). Vgl. das. II. 113.

bestehenden Regalität in die Wagschale fallen konnten. Dennoch gelang die Durchführung des Jagdregals nicht überall; und wo sie dem Prinzip nach und zwar für die s. g. hohe Jagd gelang, da mußte der Landesherr — wenigstens hinsichtlich der mittleren und niederen Jagd — doch regelmäßig zu Gunsten des Adels und der Standesherren, der größeren Grundeigenthümer, der geistlichen Stiftungen eine Gleichberechtigung anerkennen. Daraus eben ergab sich die Beschränkung des Jagdrechts auf gewisse begünstigte Stände und Personen, welche Privilegien man denn, freilich meist im Widerspruch mit der historischen Entwickelung, auf die Fiction einer landesherrlichen Verleihung kraft Jagdregals zurückzuführen pflegte. —

In neuerer Zeit — seit 1848 namentlich — ist unter dem Einfluß von Ideen, die in der französischen Revolution ihren praktischen Ausgangspunkt gefunden hatten, eine Wiederannäherung an das System des Grundjagdrechts,[49] hier und dort sogar an die absolute Jagdfreiheit, zeitweilig versucht worden. Wo dieselbe nicht der Reaction historisch begründeter Verhältnisse wieder vollständig hat weichen müssen, pflegt die Berechtigung doch auf größere Complexe wie Gemeinden, Landgüter beschränkt, oder an gewisse äußere Erfordernisse, wie Lösung von Jagdkarten, gebunden zu sein.

Diese Entwickelung ist insofern höchst bemerkenswerth und lehrreich, als sie zeigt, wohin es führen kann, wenn man einmal die natürliche Auffassung — hier das Prinzip der Jagdfreiheit — zu verlassen anfängt. Denn sehr fraglich dürfte es sein, ob die Jagdregalität jemals hätte einen Haken finden und dann festen Fuß fassen können, wenn nicht das Jagdmonopol der Grundeigenthümer schon frühzeitig dem Monopolisiren die Bahn gebrochen hätte.

Diese Grundzüge mögen genügen, da es hier nur auf bestimmte Resultate für folgende Vorfrage ankommt:

Gilt nach gemeinem deutschen Recht Jagdrecht oder Jagdfreiheit?

49) Vgl. die „Deutschen Grundrechte" vom 27. Dec. 1848. § 37: „Im Grundeigenthum liegt die Berechtigung zur Jagd auf eignem Grund und Boden" u. s. w.

Wir verstehen nämlich unter ersterem das privilegirte Wildoccupationsrecht gewisser Subjecte — welcher Begriff also die freie Bemächtigung Aller ausschließt —; unter letzterer dagegen die freie Occupation zufolge natürlichen Menschenrechts, wie die Römer sie anerkannt hatten.

Niemand wird im Zweifel sein, daß der Begriff der Jagdfreiheit auf germanischem Boden nie ungeschmälert sich geltend gemacht hat, ja daß selbst die liberalsten Gesetzgebungen nicht bloß der mittelalterlichen, auch der neueren Staaten Europa's zu demselben dauernd sich nicht erhoben haben. Dazu kommt, daß nicht einmal in den ältesten Zeiten das freie Menschenrecht als solches sich nachweisen läßt, daß vielmehr das heutige Jagdrecht folgende Stadien der Entwickelung durchlaufen ist:

1) Gesammtrecht (Genossenschaftsr.) mit Ausübung der Freigeborenen;[50]
2) Recht des Grundeigenthümers als solchen;
3) Regalität, neben privilegirtem Rechte gewisser Stände und Personen;
4) theilweise Rückkehr zum Grundjagdrecht(2).[51]

50) Schon hierin liegt eben m. E. ein germanisches Monopolisiren. Das römische Recht knüpft die venatio nicht etwa an Civität oder Ingenuität, sondern räumt sie ein „singulis hominibus, omnibus homin., cuique" u. s. w. (§ 11. Inst. de R. D. — L. 1. pr. D. 41, 1).

51) Auch in benachbarten Rechtsgebieten hat ein ähnlicher Entwicklungsgang stattgefunden; so im Herzogthum Schleswig. Nach der Forst- und Jagdverordn. vom 2. Juli 1784 stand das Jagdrecht in den adeligen und klösterlichen Districten den Gutsbesitzern und Klöstern zu, in allen übrigen der Landesherrschaft. Nachdem dann durch Bekanntm. vom 24. Sept. 1850 das Jagdrecht aller Grundeigenthümer eingeführt worden war, wurde dieses durch Verordn. 8. Febr. 1854 wiederum aufgehoben und der frühere Rechtszustand wiederhergestellt, nur mit der Neuerung, daß für die landesherrlichen Jagddistricte den Kirchspielen als solchen die Ablösung der Jagd freigestellt wurde. Wo dies geschieht, verbleibt das Jagdrecht diesen Communen als solchen, kann aber dorfschaftsweise an Einzelne verpachtet werden. — Hierin liegt denn gewissermaßen eine annähernde Rückkehr zu dem uralten Zustande des genossenschaftlichen Jagdrechts; — eine vermuthlich der Gesetzgebung gänzlich unbewußte, aber darum nicht weniger bemerkenswerthe Erscheinung.

Die Frage also, welches Prinzip gemeinrechtlich die Regel bilde, muß jedenfalls dahin beantwortet werden:

Das Prinzip des Jagdrechts; nicht das der Jagdfreiheit.

Wer aber im einzelnen Staatsgebiet oder District der Jagdberechtigte sei, — das beantwortet sich lediglich nach den partikulären Jagdordnungen; das gemeine Recht gibt darauf keine Antwort.

Diese Ansicht weicht von den Darstellungen der meisten neueren Schriftsteller in einem nicht unwesentlichen Punkte ab. Während diese nämlich den Satz aufzustellen pflegen: das Jagdrecht des Grundeigenthümers bilde gemeinrechtlich die Regel, — gelangen wir zu dem allgemeineren Resultat: es gilt nach gemeinem Recht nicht die römischrechtliche Jagdfreiheit, sondern das „Jagdrecht", ein Recht gewisser privilegirter, zu dieser Art der Occupation alleinbefugter Subjecte. So haben wir — unter Verwerfung der „Regel" — statt deren ein gemeinrechtliches Prinzip gefunden.

§ 6. Fortsetzung.

Heutzutage stehen hinsichtlich der Jagd auf jedem Grundstücke des Staatsterritoriums sich gegenüber:

1) ein Jagdberechtigter (Inhaber des Jagdrechts), sei er übrigens wer er wolle — d. h. eine daselbst zur Jagdübung ausschließlich befugte Person;
2) alle übrigen Personen, als daselbst Nichtjagdberechtigte.

Soviel ist nun außer Frage, daß ersterer, wenn er selber auf seinem Jagdgebiete Wild occupirt, dadurch Eigenthümer desselben wird. Und zwar nicht bloß dann, wenn er ordnungsmäßig d. h. unter Beobachtung der jagdpolizeilichen und staatswirthschaftlichen Vorschriften z. B. über geschlossene Zeit, sondern auch dann, wenn er in jagdpolizeiwidriger Weise gejagt hat.[52] Strafen mag er dadurch sich aussetzen; — Eigenthümer des occupirten Wildes ist und

52) Vgl. Gerber Syst. § 93. Anm. 5.

bleibt er — kraft Jagdrechts. Ferner ist sein Rechtsverhältniß zu allem auf seinem Gebiete in natürlicher Freiheit befindlichen jagdbaren Wilde ganz klar: er hat an demselben weder Eigenthumsrecht noch Besitz, sondern lediglich ein Recht auf dessen ausschließliche Occupation, und gleich ihm der, dem er es in gesetzlicher Form verpachtet oder sonstwie übertragen haben mag. Dieses Jagdrecht enthält in negativer Richtung die Befugniß, jeden Unberechtigten von der Jagdübung auszuschließen [53] (jus prohibendi), sowie Uebertretungen durch die gewöhnlichen Rechtsmittel (namentlich negatoria actio) zu verfolgen, auch je nach den partikulären Bestimmungen Strafansprüche zu erheben; — in positiver Richtung die Befugniß, selbst zu jagen d. h. Jagd zu üben und zu hegen (jus faciendi), wobei er gegen jede Behinderung oder Störung in deren Ausübung durch Klage (quasi confessoria, s. unten) und Einrede geschützt wird.

Eine Eigenthümlichkeit dieses Rechts bedarf allerdings der Erwähnung. Das „Jagdrecht" ist zwar als ein jus in re zu betrachten, offenbar aber nicht als jus in re aliena. Einerlei, ob Jemand in proprio oder in alieno jagdberechtigt sei, — immer hat er sein Recht als ein besonderes, vom Eigenthumsrecht völlig getrenntes, — so daß jenes Kriterium der römischen jura in re (aliena): nemini res sua servit, — auf das Jagdrecht keinerlei Anwendung finden kann.

Jeden Nichtjagdberechtigten, welcher — natürlich ohne erworbenes dingliches oder persönliches Recht zu jagen — in dem fremden Jagdgebiete Wild erbeutet hat, nennen wir Wilderer, seine Beute Wildergut. [54] Derselbe verletzte durch seine unbefugte Handlung das Jagdrecht eines Andern, d. h. nicht dessen Eigenthums- oder Besitzrecht am Wilde — denn dies hatte der Jagdberechtigte als

---

53) Nicht zu verwechseln mit dem Recht, das Betreten des Grundstücks zu verbieten, welches der Grundeigenthümer qua solcher hat, nicht als Jagdberechtigter (was er überdies vielleicht in concreto nicht einmal ist).

54) Vgl. oben § 1. — Auf die Unterscheidung von Wilddiebstahl und bloßem Jagdfrevel kommt hier nichts an.

solcher eben nicht —, sondern dessen oben dargestelltes Occupationsrecht. Ob er nebenher einer Verletzung des Grundeigenthums- oder Grundbesitzrechts sich schuldig gemacht hat, kommt hier nicht in Betracht.

Hat er aber — ungeachtet dieser Jagdrechtsverletzung — dennoch das Wildergut für sich occupirt, m. a. W zu Eigenthum erworben? Und wenn dies der Fall — behält er es dann, oder muß er es an den Jagdberechtigten ausliefern? Und auf welchen Klaganspruch des letzteren hin? Hier stehen wir mitten in unserer Frage. Untersuchen wir, ob das bisher gewonnene gemeinrechtliche Material uns eine genügende Antwort gibt.

Aus dem strengrechtlichen Begriffe des Jagdrechts läßt sich nach Vorstehendem nur ableiten: ein Anspruch auf Schadenersatz — und daneben partikularrechtlich auf Privatstrafe — wegen thätlichen Eingriffs in das Verbietungsrecht, oder wegen Störung (event. Bestreitung) des Ausübungsrechts. Worin bestände nun das nachweisbare Interesse? Etwa in dem Verkaufswerthe des Wilderguts, sowie dem Werthe der Productivität desselben für sein Jagdgebiet? Schwerlich. Dies würde mindestens den Nachweis voraussetzen, daß das Wild quaest. in seinem Jagdgebiet geblieben, von ihm selbst occupirt sein würde, — was eben nicht nachzuweisen oder auch nur wahrscheinlich zu machen ist! — Eine Vindication des Wilderguts ferner gewährt das Jagdrecht selber in keiner Weise. Es würde demnach die Klage gegen den Wilderer — außer der etwaigen Privatstrafe und einer Caution gegen Wiederholung der Verletzung — lediglich einen geringeren Schadenersatz nach richterlichem Ermessen zur Folge haben können, der je nach Werth und Bedeutung des Objekts verschieden ausfiele und neben der Verringerung des augenblicklichen Wildstandes auch etwaiger Beschädigung der zur Jagdübung und Hegung vorhandenen Einrichtungen gebührende Rechnung trüge.

Nothgedrungen müssen wir daher wohl an die Grundsätze der Billigkeit appelliren und die Frage so stellen:

Wem gebührt nach Recht und Billigkeit — nach billigem

Recht — das Wildergut? m. a. W. wer hat den relativ besten (stärksten) Anspruch darauf, das Wildergut zu erhalten und zu behalten?

a. Gebührt es dem Wilderer selbst? Ich meine: Nein. Nehmen wir einmal an — was nach römischem Recht unbestreitbar und für das heutige Recht ja auch behauptet worden ist — der Wilderer würde Eigenthümer des Wilderguts. Dann wird doch Jeder zugeben müssen, daß er es nicht bleiben, oder doch den Vortheil, die Bereicherung aus der widerrechtlichen Bemächtigung nicht genießen darf. Wo bliebe sonst die praktische Bedeutung des Unterschiedes zwischen Jagdrecht und Richtjagdrecht!

Von dieser unabweislichen Anforderung der Billigkeit geleitet, hat man denn auch behaupten wollen, der Wilderer werde zwar Eigenthümer, müsse aber sodann das Wild an den Berechtigten herausgeben.[55] Letzterer würde also erst durch solche Auslieferung Eigenthümer werden, der Wilderer erst dann aufhören es zu sein. Allein durch welchen Klaganspruch sollte dies erreicht werden? Unmöglich durch Vindication; das wäre absoluter Selbstwiderspruch. Also durch eine quasi confessoria (Jagdrechtsklage)? So scheint es. In ähnlicher Weise also wie der Usufructuar die von einem Unberechtigten gezogenen Früchte mit actio ad exhibendum, oder auch mit der confessoria und zwar als causa rei herausfordert und zufolge der Auslieferung ebenso erwirbt, als wenn er selber sie percipirt hätte.[56] Diese Analogie könnte zwar auf den ersten Blick nicht zu passen scheinen. Hier werden faktisch bezogene Früchte, welche nicht der unrechtmäßige Percipient, sondern der dominus fundi — separatione — eigenthümlich erworben hatte, und welche erst durch Herausgabe der Usufructuar erwerben soll, — dort dagegen Sachen dem Eigenthümer (Wilderer) abgefordert, auf deren Herausgabe der Kläger einen Anspruch behauptet. Hiergegen wird man freilich

---

55) S. oben § 2. Not. 7.

56) L. 5. §§ 3. 6. D. si usufr. pet. (7, 6). L. 4. § 2. l. 6. § 6. D. si serv. vind. (8, 5).

mit Recht einwenden, daß ja auch der dominus fundi, vom Usufructuar confessorie belangt, diesem die separatione erworbenen Früchte herausgeben müsse. Ebenso sei es nun in unserem Falle. Der Wilderer, welcher occupatione Eigenthümer geworden, sei nicht berechtigt das Wild zu behalten — ebensowenig wie der dominus eines Grundstücks, an welchem dem X der Usufruct zusteht —, müsse es also dem confessorischen Kläger herausgeben, zu Eigenthum überliefern. — Irre ich nicht, so wird diese oder eine ähnliche Begründung, und eben die quasi confessoria als Klage des Jagdberechtigten Puchta a. a. O. vorgeschwebt haben. Diese Deduction unjuristisch oder unlogisch nennen zu wollen, fällt mir sicherlich nicht ein. Vielmehr bin ich geneigt, derselben als der richtigen beizutreten, sofern es mir nicht gelingen sollte, unten eine andere — für den Berechtigten noch vortheilhaftere — Theorie durchzuführen. — Jedenfalls kann uns ein persönlicher Klaganspruch des Berechtigten — wie Reyscher a. a. O. ihn geben will verb.: „wenn gleich der Berechtigte auf Herausgabe des letzteren (Wildes) und Schadensersatz gegen den Wilderer und seine Gehülfen oder Begünstiger persönlich klagen kann" — nicht befriedigen. Derselbe müßte als obligatorische Klage ex delicto — und zwar nicht als condictio, da Kläger ja Eigenthümer des Gegenstandes bisher nicht gewesen — aufgefaßt werden. Dann aber dürfte eben diese zum gewünschten Zwecke nicht führen. Die reipersecutorische Delictsklage würde nicht auf Herausgabe in natura, sondern lediglich auf vollen Schadenersatz gerichtet sein. Niemand könnte — abgesehen natürlich von der Executionsinstanz — den Wilderer zwingen das Wild auszuliefern, wenn er nicht wollte, sondern nur zum Ersatz des Interesse. Gesetzt nun, er wäre mit dem Wilde ergriffen worden, wollte freiwillig sein Eigenthum nicht abtreten, sondern ließe sich zur Erstattung verurtheilen, würde aber (nach geschehener Veräußerung oder Verzehrung des Wildes) bettelarm befunden. Dann hätte der Kaiser allganz sein Recht verloren!

Kaum bedarf es weiterer Ausführung, um zu zeigen, daß, wie immer man über den Eigenthumserwerb denken möge — daß er

occupando dem Wilderer werde oder nicht —, es jedenfalls die schreiendste Unbilligkeit sein würde, ihn das Wildergut behalten zu lassen.

Wer soll es denn aber allendlich erwerben?

b. Etwa der fiscus, die Staatskasse als solche?[57] Der Rechtstitel der Confiscation könnte nur durch partikuläre Gesetze begründet werden[58] — eine Berufung auf die Grundsätze über bona vacantia deshalb nicht Platz greifen, weil von erblosem Gut hier nicht die Rede. Endlich läßt auch der allgemeine Satz „was Niemandes sei, gehöre dem Landesherrn" (s. oben Anm. 48) — ganz abgesehen von seiner partikulären, dunkeln und bestrittenen Beschaffenheit — dann jedenfalls gar keine Anwendung zu, wenn, wie wir unten sehen werden, das Vindicationsrecht einer berechtigten Person — also ein Eigenthümer des Wilderguts — nachgewiesen werden kann.

c. Was sodann den Grundeigenthümer als solchen — d. h. ohne Rücksicht darauf, ob derselbe zugleich der Jagdberechtigte sein mag — betrifft, so könnte man auf das Recht der Gewere sich berufen wollen (s. oben § 5 im Anf.). Ganz mit Unrecht. Denn dieses im heutigen Recht überhaupt sehr zweifelhafte Institut hat höchstens den historischen Durchgangspunkt für das angebliche Jagdrecht des Grundeigners abgegeben, kommt also an und für sich gar nicht in Betracht. Der Grundeigenthümer als solcher hat und hatte ja überall keinen Anspruch auf das Wildergut, sondern höchstens in-

---

57) Also ohne Rücksicht darauf, ob das Oeffentliche (der Landesherr) in concreto auch der Jagdberechtigte sein mag oder nicht.

58) So steht es z. B. nach dem § 151 der erwähnten Schlesw. Jagdverordn. von 1784, aber doch nur für den Fall, daß Jemand Wild ohne gehörige Legitimation zur Stadt bringt, und deshalb nicht als „rechtmäßiger Eigenthümer", sondern „als der Wilddieb selber anzusehen" ist; hier wird das Wild zum Besten der Stadtarmen confiscirt. Aus dieser Bestimmung folgt schon deshalb kein allgemeiner Grundsatz für andere Fälle, weil eben die Unerweislichkeit des verletzten Jagdberechtigten vorausgesetzt wird, allenfalls auch eine Präsumtion für Wildern im landesherrlichen Jagddistricte die ratio legis bilden könnte.

sofern als er Inhaber des Jagdrechts wäre; dann aber eben als Jagdberechtigter, nicht qua Grundeigner.

Ob aber aus einem anderen Gesichtspunkte, nämlich aus dem der Accession, und zwar nach Analogie der Fruchtseparation, ein Anspruch des Grundeigners sich sollte begründen lassen,[59] — wird im nächstfolgenden § geprüft werden. Hier mag nur im Vorwege gesagt sein, daß ich diese Auffassung durchaus verwerfen muß.

Alle Theorien zu Gunsten des Grundeigenthümers scheitern m. E. sofort an Einer Klippe. Wir fragen: Gesetzt, der Grundeigner und der Wilderer sind eine und dieselbe Person, — wie dann? Der nichtjagdberechtigte Eigenthümer,[60] welcher einen Hasen schießt, ist Wilderer. Soll er nun etwa als ersterer Eigenthum am Hasen erworben haben, während er das qua letzterer nicht kann, — dann wird der wesentliche Inhalt des Jagdrechts offenbar zur Illusion! Ja noch mehr; er würde Besitzer qua Wilderer, Eigenthümer aber in demselben Augenblick qua Grundeigner! — Die Idee vom Erwerbe des Grundeigenthümers steht in der That in offenem Widerspruch mit dem Begriff eines „Jagdrechts" überhaupt. Kaum wird es uns daher Wunder nehmen, wenn der eine oder andere Schriftsteller, an der Lösung unserer Frage verzweifelnd, dahin gelangt zu sagen: Weder der Wilderer, noch der Grundeigenthümer, noch überhaupt sonst Jemand wird Eigenthümer! m. a. W. das Wildergut bleibt herrenlos.[61] Diesen Verzweiflungsschrei können wir uns glücklicherweise ersparen. Denn

d. der Inhaber des Jagdrechts erwirbt das Wildergut, und zwar in dem Augenblicke, wo der Wilderer die rechtswidrige Bemächtigung vollzogen hat. Irre ich nicht, so liegt darin

59) S. Gerbers Ansicht in der 2. Aufl. (und den folg.) des Systems; vgl. oben § 2.

60) Und dahin gehören ja in den meisten Ländern — wo eben nur Landesherrschaft, Guts- und Standesherren Jagdrecht haben — alle kleineren Grundbesitzer, Bauern u. s. w.

61) Weiteres über diese Ansicht, welche ich bei Bluntschli vermuthen muß, im folgenden §.

die Lösung des Knotens. Die Begründung dieser Ansicht muß ich mir noch vorbehalten (s. § 8). Der Jagdberechtigte kann demzufolge auch das Wild vindiciren, wo er es findet — ob beim Wilderer selbst oder anderswo. Freilich bedarf es des oft unerschwinglichen Nachweises, daß das Object — unbefugter Weise — eben in seinem Jagddistrict erbeutet worden. Damit ist denn zugleich der Beweis des klägerischen Eigenthums erbracht.

§ 7. Kritik der bisherigen Ansichten.

Folgen wir nun — ehe die Begründung der eigenen Entscheidung versucht wird — der Literaturübersicht des § 2.

Die Ansicht Reyschers — vermuthlich auch die Puchta's a. a. O. —, welche darauf hinausgeht: der Wilderer werde trotz der widerrechtlichen Erlegung Eigenthümer des Wilderguts, also jure occupantis, ist bereits im vorigen § (sub a.) besprochen, daselbst auch gesagt worden, daß ich — in Ermangelung einer eigenen Theorie — derselben vor allen übrigen den Vorzug einräumen würde.[62] — Dennoch habe ich gegen diese Auffassung einige nicht unwesentliche Bedenken hier nachzutragen. Nämlich zunächst gegen die Anwendung der römischen Occupationstheorie auf Wildergut und Wilderer, daß jene Theorie auf der rechtlichen Freiheit der Occupation jure naturali, also auf Rechtmäßigkeit der Bemächtigung beruht. Nach heutigem Recht dagegen ist — wo Jagdrecht gilt — des Wilderers Handlung eine widerrechtliche, dieses Object nicht seiner, nicht eines Jeden Occupation preisgegeben, sondern eben kraft Monopols einzig der allein rechtmäßigen Bemächtigung des Jagdrechtinhabers.[63] Kann man sonach von römisch-

62) Ebendaselbst ist bemerkt, daß der Anspruch des Jagdinhabers hier entweder als dinglicher — nämlich das Jagdrecht als jus in re (aliena vel propria), analog dem Usus oder Usufruct, nur beschränkteren Inhalts, die Klage gegen den Wilderer als quasi confessoria — oder (wie bei Reyscher) als persönliche Schadenersatzklage gedacht und behandelt werden kann.

63) Dort heißt es: cuivis occupanti conceditur (omnibus), bei uns dagegen: non cuivis, sed juste (jure venationis) occupanti conceditur (non omnibus, sed juste venanti). Würden nicht eben die römischen Juristen

rechtlichen Begriffen nicht ausgehen, muß man vielmehr bei der germanischen Rechtsentwickelung Anhalt suchen, — dann gelangt man schwerlich zu dem Resultat, daß der Wilderer bis zur freiwilligen oder unfreiwilligen Auslieferung Eigenthümer sei und bleibe. Es bedarf nur des Hinweises auf die obigen Ergebnisse (§ 5), wonach die unbeschränkte Jagdfreiheit, folglich der Erwerb durch Wildoccupation kraft allgemeinen Menschenrechts, im germanischen Rechte sich nicht nachweisen läßt. — Einem ferneren Bedenken freilich: daß hier eine confessoria actio — im Widerspruche mit dem Begriff eines jus in re — auch demjenigen Jagdberechtigten zustehen würde, welcher Eigenthümer seines eigenen Jagdgebiets wäre, — lege ich kein Gewicht bei. Folgt es doch aus der Natur des Jagdrechts, gleichwie anderer Monopolrechte, daß man sie ebensowohl in proprio als in alieno fundo haben und geltend machen kann. — Ein wirkliches Bedenken aber ergibt sich, wenn man mit Reyscher den Klaganspruch als persönlichen gegen den Wilderer auffaßt. Einen solchen kann man höchstens auf „Gehülfen und Begünstiger" der Wilderei ausdehnen. Gegen dritte Besitzer von Wildergut, namentlich die gutgläubigen, fehlt es aber dann dem Jagdinhaber an allem Rechtsschutz!

Wenden wir uns nunmehr zu Gerbers „früherer Ansicht." Danach soll „nur ein von dem Grundeigenthümer ausgehender Occupationsakt Eigenthum geben." Wir werden uns erlauben dürfen, den „Grundeigenthümer" durch den „Jagdberechtigten" zu ersetzen.[64] Dann dürfen wir ferner jenen Satz Gerbers mit der Ansicht von Bluntschli:

> „der Wilderer — — erwirbt durch Occupation — kein Eigenthum an dem herrenlosen Wild, weil diese unrechtmäßig und daher nicht rechterzeugend wirkt" —

---

unsere Rechtsfrage nach ihrer Occupationstheorie zu entscheiden Bedenken tragen?

64) Was ja auch, unbeschadet der Auffassung dieses Autors, geschehen kann, da „Jagdberechtigter" nur die allgemeinere Bezeichnung ist, und Gerber offenbar meinen muß: der Grundeigenthümer, wenn er das Jagdrecht hat.

für identisch erklären. Beide sagen — während der eine vom Jagdberechtigten, der andere vom Wilderer ausgeht — ganz dasselbe: der Wilderer (A) erwirbt nicht Eigenthum; nur der Jagdberechtigte (B) würde es durch Occupation erworben haben. Also bleibt in unserem Falle das (vom Wilderer erlegte oder gefangene) Wild herrenlos. Ist weder A noch B Eigenthümer,[65] so ist's bis jetzt überhaupt Niemand. — Was nun weiter? Bluntschli schweigt darüber. Doch finde ich in dem vorhergehenden Satze „Wild gehe erst durch Zueignung in das Eigenthum des Jägers über" eine indirekte Antwort. Auch der Jagdberechtigte wird am Wildergut nicht eher Eigenthümer, bis er es sich zugeeignet hat. Ist dieser Schluß richtig, dann stimmt Bl. ebenfalls in Folgendem mit Gerber überein — mindestens der Hauptsache nach —: das Wildergut bleibe einstweilen herrenlos und könne von Niemandem, ausgenommen vom Jagdberechtigten, occupirt werden.[66] Dieser letztere aber hat (nach Gerber a. a. O.) eine Klage gegen den Wilderer auf Gestattung der Occupation des erlegten Thieres, resp. auf Ersatz. Darin finde ich folgende Theorie. Wird das Object im Besitze des Wilderers gefunden, dann kann der Jagdberechtigte es occupiren und so erwerben. Widersetzt jener sich, dann klagt dieser auf Gestattung der Occupation. Mit welcher Klage? Vermuthlich mit einer quasi confessoria[67] aus dem Jagdrecht. Die weiteren Consequenzen folgen von selbst. — Wie aber, wenn ein Dritter Besitzer ist, und zwar bonae fidei possessor? Hierüber schweigt Gerber. Blunt-

---

65) So referirt Gerber selbst in der 2. Aufl. seine frühere Ansicht, wenn er sagt „daß — weder der Wilderer, noch der Grundbesitzer Eigenthümer — — sei."

66) Jeder andere Occupant des erlegten oder gefangenen Wildes würde ja ebenfalls einen unrechtmäßigen Akt vornehmen, also nicht erwerben.

67) Vielleicht wird auch an eine actio ad exhibendum (wozu ja das dingliche Recht legitimiren würde) oder an eine reipersecutorische Klage ex delicto gedacht sein. Bei der Lückenhaftigkeit der Aeußerung läßt sich wenig Bestimmtes schließen. Gerber sagt freilich in der 2. Aufl. a. a. O. „keine Vindication, sondern nur eine Entschädigungsklage."

schli spricht diesem Eigenthum zu; — eine Nebenfrage, auf welche ich indeß erst im nächsten § werde eingehen können.

Die Auffassung dieser Schriftsteller hat ihre Lichtseiten. Die romanisirende Theorie wird aufgegeben, der Begriff des heutigen Jagdrechts, wenigstens indirekt, einigermaßen gewahrt. Aber die Schatten wachsen, je näher man hinantritt. Das Wildergut soll herrenlos bleiben, seine Natur nicht verändern, obgleich der Zustand der natürlichen Freiheit aufgehoben, m. a. W., wenn es eben nicht mehr „Wild" ist. Ja, selbst die Erlegung hat keinen Einfluß. Die Herrenlosigkeit dauert nicht bloß am Nichtwilde fort; sie folgt ihm selbst über den Tod hinaus. Dann ist kein Unterschied mehr zwischen der unrechtmäßig occupirten res nullius und dem nach Naturgesetz gefallenen oder durch Zufall getödteten freien Wilde! — Gesetzt ferner, das Wild ist vom Wilderer X auf dem Jagdgebiete M des A erbeutet, dann in den Jagddistrict N des B gebracht worden; hier wird X mit seiner Beute ertappt. Wer hat jetzt den Anspruch auf Gestattung der Occupation — A oder B? Für ersteren spricht der Ort der widerrechtlichen Aneignung; für letzteren der Ort der vorzunehmenden rechtmäßigen Zueignung, der Aufenthalt, die Deprehension, die Fortdauer der Herrenlosigkeit. Müssen nicht jene Schriftsteller für B entscheiden? Und doch, — ist nicht offenbar das Jagdrecht des A verletzt worden? Soll etwa jener die confessoria, dieser eine Delictsklage haben? Oder steht beiden beides zu? Da stehen wir im dunkeln Labyrinth. Wer wird den Ariadnefaden in unsere Hand legen?

Trotz allen diesen Gebrechen sehe ich dennoch in der späteren und seitdem festgehaltenen Ansicht Gerbers (s. § 2 sub III) keinen Fortschritt. Freilich ist sie ein Fortschritt im Resultate: daß durch den Erlegungsakt des Wilderers der Grundbesitzer (Berechtigte?) Eigenthum erwerbe.[68] Ein Rückschritt aber in der Begründung. Gerber beruft sich nämlich auf „die Analogie der

68) S. meine Ansicht im folg. §. Nur müssen wir den „Grundbesitzer" ganz fallen lassen und den „Jagdrechtsinhaber" an seine Stelle setzen.

Separation der Früchte durch einen unbefugten Fremden." Er meint also: gleichwie fructus rei, fundi etc. etc. durch eine solche Trennung von der Hauptsache, welche ihre Selbständigkeit bewirkt — einerlei ob sie auf natürlichem Wege oder durch die Thätigkeit eines Unbefugten separirt werden — von selbst in das Eigenthum des dominus rei, fundi etc. etc. fallen, so soll auch das Wild in dem Augenblicke, wo es durch Naturereigniß oder Wilderei erlegt oder seiner Freiheit beraubt wird, quasi separatione dessen Eigenthum werden, welcher Eigenthümer des Grundes ist, auf welchem jener Vorgang sich ereignet hat. Ob nur dann, wenn dieser Grundeigner zugleich Jagdrechtsinhaber ist, oder auch abgesehen davon — darüber läßt Gerber uns im Unklaren. —

Soll nun diese Analogie irgend passen, dann müssen die juristischen Voraussetzungen bei fructus rei und fera in fundo im Wesentlichen dieselben sein, dann muß vor allen Dingen das Wild nach Analogie der fructus behandelt, die Aufhebung seiner Existenz als Wild der Fruchtseparation (von Grund und Boden) gleichgestellt werden können.

Beides ist nicht der Fall. — Aehneln wilde Thiere — oder auch nur die jagdbaren — den fructus fundi? In keiner Weise. Vergleichen wir das freie Wild mit fructus stantes (pendentes). Jene sind durchaus selbständige Sachen, diese nicht, sondern das Gegentheil: Accessionen, ja Theile des Grundstücks. Jene haben nichts, diese alles mit dem fundus gemein. Diese sind organische Bodenerzeugnisse, jene nichts weniger. — Hat etwa das positive Recht diese natürliche Auffassung verlassen? Nur im römischen Rechte, dessen Lehre von den Früchten gemeinrechtlich geworden, können wir Aufschluß hoffen. Nach diesem gehören zwar zu den fructus — im Sinn organischer Erzeugnisse einer res in dominio nostro — auch foetus pecudum et pecorum,[69] also die Jungen des zahmen Viehs. Ferner gehören dahin die beim dominus geworfenen Jun-

69) §. 37. J. de R. D. (2, 1) L. 68. §. 1. D. de usufr. (7, 1). L. 28. pr. D. de usur. et fruct. (22, 1).

gen gezähmter oder gefangener Thiere.[70] Diese fallen durch Separation d. h. hier durch Geburt dem dominus des Mutterthiers zu. Allein daß fera animalia als fructus (fundi) zu betrachten seien, ist dem geltenden Rechte vollkommen fremd geblieben. Sie sind res nullius; sie werden durch Occupation — nicht aber durch „Separation" Eigenthum des Bemächtigers. So sind denn auch niemals für fructus erklärt worden weder das Wild selber, noch die venatio. Zwar könnte jene Ansicht mit einigem Schein auf

L. 26. D. de usuris etc. (22, 1)[71]

sich berufen wollen, wonach unter gewissen Umständen „fructus fundi ex venatione constare potest." Diese Stelle hat aber schon oben (§. 4) ihre Erklärung gefunden. Sie gewährt für die Auffassung des Wildes als regelmäßige natürliche Frucht des Bodens nicht den geringsten Anhalt. — Wollte man es aber für juristische (civile) Frucht ausgeben, so würde auch diese Auffassung im römischen Recht keine Stütze finden. Ja noch mehr; dann könnte vom Erwerbe durch Separation allganz keine Rede sein, indem diese lediglich auf fructus naturales (sive mere nat., sive industriales) Anwendung leidet.

Gesetzt aber einmal, Wild könnte den fructus gleichgestellt werden — worin läge dann hier die Separation? In der Erbeutung oder dem natürlichen Tode, wird man sagen. Also bis dahin wäre es mit dem fundus ungetrennt verbunden; nun fiele es ab oder hin, gleich der reifen Frucht, welche Naturprozeß oder menschliche Handlung vom erzeugenden Boden, Baume u. s. w. trennt! — Den Reiz der Kühnheit hat diese Vorstellung, wir müssen es gestehen. Allein unsere Phantasie vermag den Berührungspunkt nicht zu finden. So lange das Wild frei umherschweift, bald hier bald dort, hat es mit einem Grundstück nicht mehr zu schaffen, als der Vagabund mit der Landstraße, der Nomade mit dem Durchzugslande.

---

70) § 19. J. 1. 1. L. 2. 6. D. de A. D. (41, 1).

71) (Julianus) Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.

Hat es zufällig irgendwo einen festen Aufenthalt sich gewählt, so steht es dennoch damit in keinerlei Zusammenhang. Frei ist es, wie der Vogel in der Luft, und durch seine Freiheit vom Grundstücke ganz getrennt, — das gerade Gegentheil einer Einheit mit diesem, ganz abgesehen davon, daß es ja vom solum nicht erzeugt worden. Gesetzt aber, es wäre — etwa kraft Fiction — mit dem Boden verbunden: mit welchem Grundstücke denn? da es ja nach freier Lust umherschweift. Etwa mit dem, auf welchem es erbeutet wird? Dann hätten wir das merkwürdige Resultat, daß ein freies Ding durch Separation nicht getrennt, sondern eben verbunden, — mit dem Eigenthum an diesem Grundstücke quasi separatione erst verbunden würde. Die Frucht würde separatione selbständig, das Wild aber eben separatione unselbständig! — So finden wir nur Contraste, wo wir Aehnlichkeiten suchten.

In der That, wir sind auf dem besten Wege, dem berühmten Juristen Unrecht zu thun, wenn wir es mit seiner Begründung allzu ernst nehmen. Irre ich nicht, so liegt der Anlaß zu seiner Conjectur tiefer; nämlich in der schon oben gerügten Hauptanschauung — die sich hier gerächt hat —: daß der Grundeigenthümer qua solcher im Zweifel jagdberechtigt sei. Daher die Verbindung des Wildes mit dem Grundstücke, daher die Analogie der Frucht.[72] Wir aber behaupten gegen Gerber: Nur der Jagdberechtigte — zufällig vielleicht auch Grundeigenthümer, dann aber nicht als solcher — erwirbt jure (aber nicht jure separationis!) das occupirte Wild. Ist das aber der Fall, dann geschieht der Erwerb kraft Jagdrechts, nicht kraft Grundeigenthums, dann hat der Erwerb mit dem fundus, mit den fructus fundi und deren Separation nichts gemein.

§. 8. Eigene Theorie.

Die Entscheidung des Rechtsfalls, welchen ich an die Spitze

72) Fructus fundi kann das Wild keinesfalls sein; höchstens fructus venationis (des Jagdrechts als Vermögensrechts).

dieser Abhandlung gestellt habe (§. 1), ist mir ihrem Resultate nach nie eigentlich zweifelhaft erschienen: Der Jagdberechtigte — Gutsherr C — ist Eigenthümer des vom Wilderer A auf dem B gehörigen Grundstücke erbeuteten Rehbocks. Er kann denselben vindiciren wo er ihn findet, von A selber und nicht weniger von jedem anderen Besitzer.[73] Diese Entscheidung — welche meiner Ueberzeugung nach auch durchaus im Geiste der Landesgesetzgebung lag, obgleich dieselbe unsere Frage gänzlich mit Stillschweigen übergangen und lediglich die positiven Strafen der Wilderei sowie Confiscation des Jagdgeräths, der Hunde u. s. w. normirt hatte — diese Entscheidung entsprach dem Rechts- und Billigkeitsgefühl der Praktiker, welchen sie mitgetheilt wurde. Schwieriger war die Motivirung des Erkenntnisses.

Es handelt sich also hier um die rechtliche Begründung; sodann um die Consequenzen des aufgestellten und begründeten Princips.

Der Wilderer hat durch Einfangen oder Erlegen am Wilde Besitz ergriffen. Besitzer ist er, und zwar aus einer widerrechtlichen Handlung, ex causa injusta, durch Delict. Ob er Eigenthümer geworden, steht dahin; Eigenthümer bleiben darf er jedenfalls nicht. — Wie kann nun durch seine widerrechtliche Besitzergreifung der Jagdberechtigte das Eigenthum erwerben oder erworben haben?

Irre ich nicht, so führt die Vereinigung von zwei Rechtsgründen zum Ziele:

1. die unfreiwillige Repräsentation, und
2. der Erwerb in Folge einer Verwirkung.

Ad. I. Der Eigenthumserwerb durch Stellvertreter findet bekanntlich der Regel nach nur unter der Voraussetzung statt, daß der Repräsentant entweder den speziell erklärten Willen hatte, für einen Anderen zu erwerben, oder daß seiner gesammten rechtlichen

---

73) Natürlich setzen wir voraus, daß der C seine Jagd nicht verpachtet oder sonstwie vergeben hat, sondern selbst Inhaber derselben ist.

Stellung zu einem Anderen gemäß ein solcher Wille vermuthet werden muß. Davon gibt es indessen schon nach römischem Rechte gewisse Ausnahmen. Namentlich gibt es Fälle, in welchen Jemand wider seinen Willen oder doch ohne Stellvertretungswillen einem Anderen erwirbt, ohne daß dieser Erwerber selbst darum zu wissen braucht,[74] — Fälle, in welchen rechtliche Fiction dem Letztgenannten einen Erwerb zuspricht, während freilich durch die concreten Umstände jede Vermuthung der Repräsentation geradezu widerlegt wird. Betrachten wir aber diese in neueren Lehrbüchern zusammengestellten Fälle[75] etwas näher, so finden wir zunächst, daß dieselben in erster Linie eine Begünstigung gewisser Personen — Mündel, Soldaten, Ehefrauen — im Auge haben, indem diesen die Vindication der mit ihrem Gelde widerrechtlicher Weise von Anderen für sich angeschafften Gegenstände freigestellt wird; welche Begünstigung offenbar auf der Fiction des Eigenthumserwerbes durch unfreiwillige, ja widerwillige negotiorum gestores beruht.[76] — Erst in zweiter Linie wird zugleich die Bestrafung des unfreiwilligen Repräsentanten beabsichtigt. Dieselbe besteht in Verwirkung des eigenen — mit fremdem Gelde gemachten — Erwerbes zu Gunsten des Berechtigten, d. h. hier dessen, dem das so verwendete Geld gehörte.

Nun liegt freilich die Versuchung nicht ganz fern, diese Analogie in folgender Weise auf unsere Frage anzuwenden. Der widerrechtliche Verwender fremden Geldes erwirbt dessenungeachtet an und für sich Eigenthum an den angeschafften Sachen; allein er verwirkt dasselbe ipso jure und zwar in demselben Augenblick an

---

74) Also: acquiritur ignoranti per nolentem; und zwar contra voluntatem, nicht bloß sine voluntate des letzteren.

75) Puchta Pand. und Vorl. §. 149. Arndts Pand. §. 145. Anm. 3.

76) Dieses Prinzip findet sich unter den von obigen Schriftstellern citirten Stellen am deutlichsten ausgesprochen in L. 8. C. de rei vind. (3, 32) und L. 3. C. arbitr. tut. (5, 51) verb: „— utilem vindicationem obtentu militiae tibi — impertiri“ — — „elige, utrum malis, in emtione negotium tibi eum gessisse“ etc.

den Verletzten, so daß dieser die Vindication der Sachen hat. In ähnlicher Weise nun erwerbe zwar zunächst der Wilderer seine Beute; allein eben dadurch und wider Willen desselben werde der verletzte Berechtigte (der Jagdrechtsinhaber) Eigenthümer, also durch unfreiwillige negotiorum gestio und Repräsentation des unrechtmäßigen Occupanten.

Aber, so einseitig gefaßt, stößt diese Analogie auf wesentliche Bedenken. Zuvörderst wird man sagen: jene Fälle seien positive „Singularitäten" des römischen Rechts, folglich deren analoge Anwendung unzulässig. Dieser Einwand ist freilich da nicht von allzugroßem Gewicht, wo die Gleichheit des Prinzips wirklich unbestritten ist. Aber auch das ist nicht der Fall. Die Fiction der unfreiwilligen Repräsentation durch den Wilderer würde in erster Linie die Bestrafung des Jagdfrevels zur ratio haben, keineswegs eine Begünstigung des Jagdberechtigten. Sodann beziehen sich jene Ausnahmsfälle des Civilrechts lediglich auf derivativen Erwerb mit fremdem Gelde, durch Kauf und Tradition, keineswegs auf originäre Erwerbsarten, wie die Occupation herrenloser Sachen. — Endlich wird dort das Vindicationsrecht der begünstigten Person nur zur Wahl gestellt,[77] so daß es erst von ihrer Erklärung abhängt, ob die Fiction der unfreiwilligen Stellvertretung ins Leben gerufen und dann zurückbezogen werden soll.

Kann demnach diese Analogie allein zur Begründung unseres Resultats nicht genügen, so hat sich doch ergeben, daß Eigenthumserwerb durch solche Personen, welche nichts weniger als den Stellvertretungswillen hatten, sondern in widerrechtlicher Weise für sich selbst erwerben wollten, ja zunächst auch selbst erworben haben, im geltenden Rechte keineswegs unerhört ist.

Ad. 2. In gewissen Fällen erwirbt Jemand Eigenthum in Folge der Verwirkung des bisherigen Eigenthümers. Auch diese im römischen Rechte gelegentlich angeführten Fälle haben neuere

77) Cf. L. 3. C. laud. L. 55. i. f. D. de don. int. vir. et ux. (24, 1).

Lehrbücher wiederholt zusammengestellt.[78] Hier kommt auf deren vollständige Aufzählung weniger an als auf das gemeinsame Prinzip, welches sie ins Leben gerufen. — Wenn ein Miteigenthümer seine Eigenthumsquote an denjenigen Miteigenthümer verwirkt, welcher eine nothwendige Reparatur der res communis auf alleinige Kosten und ohne rechtzeitige Quotenerstattung hat machen müssen, so geschieht das theils wegen chikanösen Mißbrauchs des jus prohibendi, theils wegen Säumigkeit im Mittragen des onus — also zur Strafe für theils unbilliges theils widerrechtliches Gebahren. Wenn der Eigenthümer, welcher durch Selbsthülfe den Besitz seiner Sache sich verschafft hat, dieselbe zurückgeben muß, ja sein Eigenthum an den durch die Selbsthülfe verletzten Besitzer verwirkt, so trifft ihn dies als Strafe für widerrechtliche Eigenmacht. Wenn endlich der Zolldefraudant das Eigenthümsrecht an der nichtverzollten Sache im Augenblicke der Defraudation an den Zollberechtigten verwirkt, — so geschieht das, um den Contravenienten zu bestrafen. Vergleichen wir diese Beispiele — und es gibt ein noch mehr schlagendes, dessen Besprechung einstweilen vorbehalten bleiben mag (s. unten sub b.) —, so liegt der Nachdruck stets auf dem Eigenthumsverlust zur Strafe, m. a. W. auf der **Verwirkung**, dem committere (commissum) —, wenn gleich diese Bezeichnung nur bei dem letzterwähnten Falle technisch ist. Freilich, wer wollte leugnen, daß auch der Erwerber — der benachtheiligte condominus, der verletzte Besitzer, das hintergangene Zollwesen — begünstigt wird! Aber nur nebenher, im Gefolge jener Strafe. Die Begünstigung, der Erwerb, steht in zweiter, — der **Eigenthumsverlust zur Strafe in erster Linie**. — Somit ist die ratio dieser Fiction ein Prinzip, welches dem des derivativen Erwerbes durch unfreiwillige Repräsentanten entgegengesetzt ist, und dennoch zu demselben, zu gleichem Resultate führt: Eigenthumserwerb ohne Wissen und Zuthun des Erwerbers.

78) **Puchta** Pand. § 152. **Arndts** § 147. **Burchardi** System I. § 167. a. E. Schon die Vergleichung ergibt, daß keiner dieser Schriftsteller die Zahl der Fälle erschöpft hat.

Wenden wir uns nunmehr zur juristischen Construction des Eigenthumserwerbes, welchen durch den Wilderer der Jagdberechtigte macht. An und für sich erwirbt zunächst ersterer das Eigenthumsrecht am Wilde als einer herrenlosen Sache durch deren vollendete Occupation. Allein weil dieser Erwerb auf gesetzwidrige und strafbare Weise bewerkstelligt wird, weil er das ausschließliche Occupationsrecht (Jagdrecht) eines Anderen verletzt, verwirkt er in demselben Augenblicke das kaum erworbene Eigenthum an den Jagdberechtigten, und zwar so, als wenn er dessen unfreiwilliger Repräsentant im Erwerbe gewesen wäre.

Letztere Fiction ist unentbehrlich, weil ohne dieselbe ein Zeitpunkt vorliegen würde, während dessen der Wilderer — noch nicht der Jagdberechtigte — als Eigenthümer gelten müßte. Sie bewirkt, daß rückwärts der eigene Erwerb des Wilderers als nicht geschehen, der des Jagdinhabers als der gleichanfängliche betrachtet wird. Eben diese Fiction also ist es, welche die volle Strafe der Verwirkung erst in Vollzug setzt. Daß sie nothwendig, daß das Prinzip der Verwirkung allein nicht genügt, wird sofort klar werden, wenn wir folgende Analogien des römischen Rechts ins Auge fassen:

a. Bekanntlich verwirkt bei dem technisch sogenannten commissum der Defraudant sein Eigenthumsrecht an der defraudirten Sache, und das Zollwesen erwirbt dieses Eigenthumsrecht im Momente der Defraudation, ohne daß auf Wissen des Erwerbers, auf Besitzergreifung durch Anhaltung irgend etwas ankäme.

L. 14. D. de publican. et vectig. et commissis (39, 4) verb. quod commissum est, statim desinit ejus esse, qui crimen contraxit, dominiumque rei vectigali acquiritur; eapropter commissi persecutio, sicut adversus quemlibet possessorem, sic et adversus heredem competit.

Gesetzt nun, A wird durch Tradition des B Eigenthümer einer zollpflichtigen Sache X, und passirt unmittelbar darauf eine Zollstätte. Gibt er X nicht an, so hat er fast in dem Momente

seines eigenen Erwerbes sein Eigenthum an das Zollwesen wiederum verloren. Immer liegt aber doch ein Zeitraum — sei er auch noch so gering — zwischen dem Erwerbe des A und seinem Verluste. So kann es mit dem Wildergute sich nicht verhalten. Vielmehr muß hier der Eigenthumserwerb des Jagdberechtigten (C) unmittelbar durch den des Wilderers (A) stattfinden, jener eben durch diesen vermittelt werden. Dies gerade bewirkt die Fiction der — unfreiwilligen — Repräsentation des C durch den A, deren ratio wiederum in der Verwirkung liegt. — Wodurch unterscheiden sich denn die beiden hier besprochenen Fälle? Zuvörderst dadurch daß, während dort der Erwerb des A nichts Rechtswidriges enthielt, mit seinem Verluste nichts gemein hatte, m. a. W. nicht sein Eigenthumserwerb, sondern seine davon ganz unabhängige Defraudation die verwirkende Thatsache war, — hier eben der widerrechtliche Erwerb das verwirkende Ereigniß selber ist. Der Wilderer A verwirkt an den C durch die Widerrechtlichkeit seiner Occupation, seines Erwerbes; folglich muß er in demselben Moment, worin er sonst Eigenthümer werden würde, sine voluntate, ja contra voluntatem suam dem ausschließlich befugten C das Eigenthum erwerben. — Ein fernerer Unterschied. Dieses commissum entspringt aus rechtswidrigem originären Erwerb, das römische aus widerrechtlichem Gebahren mit rechtlich Erworbenem, Eigenem. Durch das Kriterium der Widerrechtlichkeit nähert sich dagegen unser Fall wieder der Analogie sub 1 — den Fällen der unfreiwilligen Repräsentation —; nur daß der Erwerb dort ein derivativer ist.

b. Nun bietet sich aber eine ganz schlagende Analogie, die bisher in Reserve gehalten worden ist. — Man könnte mit Fug daran Anstoß nehmen, daß dem römischen Rechte doch eine Verwirkung durch widerrechtliche Occupation fremd gewesen. Allein nicht einmal das kann man so schlechthin behaupten. — Bekanntlich bestimmte das Justinianische Recht — und zwar nach Constitutionen aus dem zweiten Jahrhundert der Kaiserzeit —, daß zwar der thesaurus als juristisch herrenlose Sache dem Finder

und Occupanten erworben werde; allein nur dann ganz und ungetheilt, wenn derselbe in eignem oder herrenlosem Grunde gefunden sei; wogegen er im entgegengesetzten Falle — also der in alieno gefundene Schatz — nur zur Hälfte dem Finder, zur anderen Hälfte aber dem Grundeigenthümer gehören solle. Sei nun aber im letzteren Falle absichtlich und zwar ohne Erlaubniß des Grundeigners (in alieno) gesucht und gefunden worden, so falle dem Occupanten nichts, dem Grundeigenthümer der ganze Schatz zu. Nun ist zwar in neuerer Zeit darüber gestritten worden, ob des Finders Erwerb auf Occupation beruhe, und ferner, ob dem Grundeigenthümer resp. jene Hälfte und dieses Ganze ipso jure im Augenblicke der Occupation zufalle, oder er nur ein Forderungsrecht darauf erwerbe [79]. Allein nehmen wir — und in der That scheint mir keine Stelle entgegenzustehen [80] — mit den Meisten in beiderlei Richtung die erstere Meinung an, so daß also namentlich der Anfall ipso jure vorausgesetzt wird, dann haben wir in beiden obigen Fällen einen Erwerb durch Occupation, wobei der Occupant (Finder) unfreiwilliger, ja widerwilliger Weise (zufolge rechtlicher Fiction) einen andern Erwerber (Grundeigenthümer) repräsentirt, und zwar zunächst so, daß ersterer die Hälfte des Eigenthumsrechts dem letzteren erwirbt, ohne daß dieser darum zu wissen brauchte. Wie erklären wir aber nun den zweiten Fall, in welchem der Grundeigenthümer durch den Finder (Occupanten) das Ganze, dieser letztere nichts erwirbt? Ich wüßte in der That keine andere Construction zu finden als diese: seines widerrechtlichen heimlichen Suchens wegen, und eben dadurch daß er so findet und occupirt, verwirkt der Occupant auch seinen eignen Antheil (poenae causa) an den Grundeigner,

---

79) Vgl. Arndts § 154. Anm. 4. 6. Puchta Vorl. § 154.

80) Dafür aber sprechen namentlich L. 31. § 1. D. de adqu. dom. (41, 1) (Occupation) — L. 63. pr. eod. und § 39. Inst. de R. D. (ipso jure Erwerb) — woraus denn die Erklärung der L. unic. C. de thesaur. von selbst sich ergibt.

so daß dieser im Erwerbe des ganzen Schatzes durch jenen unfreiwilliger Weise repräsentirt wird.[81] — Damit hätten wir einen dem unsrigen durchaus analogen Fall gefunden. Denn in derselben Weise verwirkt der Wilderer zur Strafe seiner widerrechtlichen Occupation das Wildergut an den Jagdberechtigten, indem er wider seinen Willen als Stellvertreter im Erwerbe fingirt wird.

So stützen sich die beiden Rechtsgründe gegenseitig bei der Construction unserer Theorie. Das Gebäude ist fertig, das Resultat gewonnen: C (der Jagdrechtsinhaber) ist Eigenthümer des Wilderguts geworden, und zwar durch die Occupation des A (Wilderers).

§ 9. Fortsetzung.

Prüfen wir nun die Consequenzen dieser Entscheidung. — Der Jagdberechtigte ist Eigenthümer des Wilderguts. Denken wir uns jetzt den einfachsten Fall:

I. Er findet es bei dem Wilderer selbst. Dann kann er die Herausgabe verlangen und bewirken; nur nicht durch Selbsthülfe[82], sondern zunächst auf gütlichem Wege. Führt dieser nicht zum Ziel, muß er ad exhibendum klagen, oder sofort vindiciren; in welchem Falle die gewöhnlichen Grundsätze von der Vindication zur Anwendung kommen. Ich zweifle indessen keinen Augenblick auch die Publiciana actio zu gewähren, mag Kläger auf commissum oder auf Repräsentation im Erwerbe oder auf beides zugleich — was am sichersten wäre — sich berufen. Entweder sein Erwerbstitel bedarf nicht des Besitzerwerbes (commissi vindi-

---

81) (Strafe) L. unic. C. laud. verb: „— nemo audeat invitis, immo non volentibus vel ignorantibus dominis opes abditas suo nomine perscrutari. — — totum hoc locorum domino reddere compellatur, et velut temerator legis — puniatur.“ (Repräsentation, nothwendige, freiwillige) L. 63. §§ 2. 3. D. de A. R. D. (41, 1). L. 67. D. de R. V. (6, 1).

82) In diesem Falle würde das — occupatione — an ihn verwirkte Wildergut von ihm — durch Selbsthülfe, nach L. 7. C. unde vi 8, 4 — an den Besitzer (Wilderer) wiederum verwirkt, cf. L. 8. §. 2. D. de praescr. XXX annor. (7, 39).

catio), oder er bedarf dessen, beruft sich aber auf Besitzerwerb durch Stellvertreter (rei per procuratorem occupatae vindicatio). Jedenfalls sind die Voraussetzungen auch der letzteren Klage vorhanden, während der Wilderer eben die exceptio bonae fidei possessionis opponiren nicht kann.[83] Der Beweis, welcher Klägern obliegt, ist der seines Jagdrechts und der in seinem Gebiete vom Beklagten geschehenen Occupation. Deren Rechtmäßigkeit excipiendo darzuthun, läge dem Beklagten ob. — Der Klagegegenstand ergibt sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst.

II. Findet der Jagdberechtigte dagegen das Wildergut nicht bei dem Wilderer, sondern bei einem Dritten, — und zwar

a) bei einem malae fidei possessor, gleichviel ob derselbe geradezu Hehler des Wilderers sein, oder nur um die Qualität des Wildergutes als solchen wissen mag, — dann gilt ganz dasselbe wie bei I., sowohl was die anwendbaren Klagen als deren Begründung, Beweis und Gegenstand betrifft. Daß hier der Beweis der widerrechtlichen Erbeutung, also der Wildergutsqualität, faktisch schwieriger werden kann, bedarf freilich kaum der Erwähnung.

b) Wie aber, wenn bei dem bonae fidei possessor das Wildergut angetroffen wird? Nach unserm Prinzip lösen wir die Frage ohne Mühe. — Allein es muß hier noch die Kritik der einschlägigen Ansicht Bluntschli's (s. oben § 2 a. E.) — soweit mir bekannt, des einzigen Schriftstellers, welcher die Frage ausdrücklich besprochen hat — nachgetragen werden. Nach Bl. erwirbt zwar der Wilderer kein Eigenthum;

> „wer aber in gutem Glauben von ihm kauft und Besitz ergreift, erwirbt Eigenthum, nicht bloßen Besitz."

Worauf stützt sich diese Ansicht? Auf welchen Titel hin erlangt dieser b. f. possessor Eigenthum? Sein auctor, der Wilderer, hat es nicht, kann es also auch nicht übertragen. Damit fällt ja der derivative Erwerb zusammen. Gibt es etwa einen originären Er-

---

83) Vgl. Puchta § 173. Not. f bis i.

werbsgrund? An Ersitzung kann man schwerlich denken. An Accession oder Frucht- (Erzeugniß)erwerb etwa? Ebensowenig. Denn allerhöchstens könnte — wäre die Analogie der Frucht überall statthaft — der b. f. possessor des Grundstücks [84] als Erwerber des auf demselben bona fide erlangten Wildes angesehen werden. Allein von diesem spricht eben Bl. nicht, sondern von dem bonae fidei emtor des Wilderguts. Folglich bleibt kaum etwas anderes übrig, als Erwerb occupatione zu supponiren. Und in der That, darauf scheinen des Verfassers eigene Worte [85] „Eigenthum an dem herrenlosen Wild" — „kauft und Besitz ergreift" hinzudeuten. Trügt nicht alles, so ist Bluntschli's Auffassung diese: das Wildergut bleibt herrenlos bei dem Wilderer; ebenso bei dem malae fidei possessor; gelangt es aber — als herrenlos also — in den Besitz (des Jagdberechtigten oder) eines bonae fidei emtor, dann occupirt dieser das Eigenthumsrecht daran, nicht bloß den Besitz. — Allein widerlegt nicht diese Theorie sich selbst? Kann man denn occupiren, ohne es — wenigstens eventuell — zu wollen? und zwar eine Sache, die man eben für nichtherrenlos hält? Mindestens müßte diese Frage erst festgestellt werden. Eingeräumt aber, es gehöre zum Occupationserwerbe weiter nichts als Besitzerwerb und objective Herrenlosigkeit — kein animus dominii acquirendi, kein Bewußtsein von der res nullius als solcher —; wann wäre denn jemals bona fides ein Erforderniß dieser Erwerbsart gewesen? Entweder: auch der Wilderer und der mala fide Besitzergreifende wird occupatione Eigenthümer, oder: überall Niemand außer dem Jagdrechtsinhaber d. h. dem ausschließlich Occupations-

84) Ich kann übrigens, beiläufig gesagt, zu der Theorie mich nicht bekehren, welche dem b. f. possessor Eigenthumserwerb an den Früchten beilegt. In den Quellen vermag ich nichts zu finden als bonae fidei possessio — an der Accession wie an der Hauptsache, — sowie einige scheinbare Gleichstellungen mit dem dominus rei, welche den Satz, daß der b. f. p. der Vindication gegenüber die fructus consumti lucrire (pro cultura et cura, und in Abrechnung gegen impensae), zu motiviren bestimmt sind. —

85) S. oben § 2. a. E.

berechtigten. — Was der b. f. emtor eben will, ist: traditione Eigenthümer werden, an einer res in dominio auctoris. Auf diesen Titel stützt sich seine b. f. possessio; und diese mag er haben, — Eigenthumsrecht dagegen nimmermehr! — Beruft er sich aber auf eigne Occupation, dann wirft er seine letzte Stütze — die bona fides — von sich und stellt dem unbefugten Occupanten insoweit sich gleich. Ganz abgesehen davon, daß man ihm entgegenhalten könnte: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.

Zu welcher Consequenz dagegen unsere Ansicht auch hier führen muß, wird nicht zweifelhaft sein. Der vindicirende oder vorerst ad exhibendum klagende Jagdberechtigte kann — gleich jedem andern Eigenthümer — die Herausgabe des Wildderguts von jedem Besitzer desselben fordern, folglich auch von dem bonae fidei emtor als possessor. Allein insofern äußert sich allerdings die Rechtswirkung des gutgläubigen Besitzes, als die Publiciana actio hier zum Ziele nicht führen kann, indem nach bekanntem Rechtsgrundsatze ein solcher Kläger durch den Nachweis einer b. f. possessio des Beklagten zurückgeschlagen wird. Da er also — abgesehen natürlich von der exhibitorischen Klage — auf Vindication beschränkt ist, und der Beweis der Wilddergutsqualität, überhaupt seines Eigenthums, in den meisten Fällen — am häufigsten eben dann, wenn das Wild auf dem Markt erhandelt worden — mißlingen wird, läßt sich allerdings oft faktisch von der Klage wenig Heil erwarten. Das ändert ja aber de jure an der Frage nichts; vielmehr gilt in vollem Umfange von der Vindication auch dieses verwirkten Guts der Ausspruch in L. 14. D. de publican. laud.

„— commissi persecutio — adversus quemlibet possessorem — competit.“

Somit wäre die Rechtsfrage nach Resultat und Consequenzen entschieden, die Entscheidung aus einem neuen Gesichtspunkte — dem der Verwirkung und der unfreiwilligen Repräsentation bei widerrechtlicher Bemächtigung — begründet.

Die weitere Frage: wie es im Falle der zufälligen, ohne Aneignungswillen geschehenen Erlegung oder Erbeutung von Wild sich verhalte, — liegt außerhalb unserer Aufgabe, indem dieser Fall unter die Bezeichnung „Wildergut" nicht fallen kann. — Darum nur soviel. Wild, welches in dem Jagddistricte des X sei es durch unabsichtliche menschliche Thätigkeit sei es durch Naturereignisse erlegt und liegen geblieben ist, verbleibt so lange herrenlos, bis Jemand Besitz daran ergreift. Thut es der Jagdberechtigte (X), wird es dessen Eigenthum. Thut es aber ein Unbefugter, so entsteht eben dadurch am todten Wilde die Wildergutsqualität, worauf dann die in gegenwärtiger Abhandlung durchgeführten Grundsätze ungeschmälerte Anwendung finden.

Nachschrift des Redacteurs.

Zu ähnlichen Resultaten wie den im vorstehenden vertheidigten würde folgende Auffassung des Jagdrechts führen. Dieses Recht umfaßt:

I. die Befugnis auf einem gewissen Territorium die zur Uebung der Jagd gehörigen Handlungen vorzunehmen; — Klage wider Störungen hiebei quasi confessoria;

II. die Befugnis Dritter alle derartigen Jagdhandlungen auf demselben Terrain zu untersagen; — Klage, quasi negatoria;

III. das Eigenthum an allem Wilde was auf diesem Gebiet von irgend wem erlegt wird oder sonst verendet. — Klage rei vindicatio, bei der der Eigenthumsbeweis geführt wird durch den Nachweis des bestehenden Jagdrechts und der Thatsache, daß das Wild innerhalb des fraglichen Bezirks verendet ist. Eine quasi Publiciana daneben wäre nur in der Weise denkbar, daß von dem Beweise des Jagdrechts etwas nachgelassen würde.

Daß das Jagdrecht überall mehr ist als einfach ein Ausfluß des gewöhnlichen Grundeigenthums tritt besonders in diesem dritten Moment hervor.

E. J. B.

IV.

Welche Bedeutung hat die Eintheilung der servitutes praediorum in urbanae und rusticae?

Von Dr. Kindervater.

Der einzige Versuch, eine Erklärung der Eintheilung der Prädialservituten in urbanale und rusticale zu liefern, findet sich in §. 2. J. de servit. (2, 3).[1] Allein es zeigt sich auf den ersten Blick, wie mangelhaft dieselbe ist. Auch Theophilus läßt uns im Stich. Er definirt die Urbanalservitut als das Recht, ὃ ποιεῖ τὸν γείτονα ἀνέχεσθαι τῶν τοῦ γείτονος βαρῶν und die Rusticalservitut als das ὃ ποιεῖ τὸν ἀγρογείτονα ἀνέχεσθαι τῶν τοῦ ἀγρογείτονος βαρῶν. Da diese Eintheilung in der Lehre von den Servituten eine sehr große Rolle spielt, so haben sich unsere Juristen auf das angelegentlichste bemüht, eine richtige Erklärung derselben zu geben. Sie sind dabei zu den verschiedensten Resultaten gelangt.

Einige haben dieselbe ganz fallen lassen und ihr eine andere substituirt. So namentlich Stever,[2] dem Gädke[3] und Vangerow[4] gefolgt sind. Derselbe theilt nämlich die Servituten nach ihrem Inhalte ein in servitutes faciendi, habendi und prohibendi. Die

---

1) Praediorum urbanorum servitutes sunt, quae aedificiis inhaerent, ideo praediorum urbanorum dictae, quoniam aedificia omnia praedia urbana appellamus, etsi in villa aedificata sint.

2) de servitut. praed. S. 37.

3) an et quo sensu servitus Rost. 1826. S. 7.

4) Pandekt. I. S. 796.

erste Klasse soll die servitutes praediorum rusticorum, die beiden letzten die servitutes praediorum urbanorum umfassen. Die Unhaltbarkeit dieser Meinung ist schon von Andern hinreichend dargethan, ebenso die der Meinung Pfordtens[5], welcher ein absolutes Merkmal gefunden zu haben glaubte, aus welchem sich leicht erkennen lasse, ob eine Prädialservitut eine urbanale oder rusticale sei. Auch Iherings[6] Ansicht hat bereits im neuesten Bearbeiter der Servituten-Lehre, in Elvers, ihren Widerleger gefunden. Dagegen hat der letztere[7] eine schon früher von Zachariä von Lingenthal[8] aufgestellte Ansicht von Neuem in Aufnahme zu bringen versucht. Derselbe führte nämlich die ganze Eintheilung der Prädialservituten in urbanale und rusticale auf jenen allgemeinen Grundsatz servitus praedio utilis esse debet zurück. Einzelne Servituten könnten nur einem praedium urbanum constituirt werden, andere nur einem rusticum, noch andere endlich beiden, sowohl einem urbanum als einem rusticum; letztere seien von den Römern jura communia praediorum urbanorum et rusticorum genannt. Die rechtlichen Verschiedenheiten aber, welche von den Römern angeblich für die servitutes praediorum urbanorum und rusticorum aufgestellt würden, bezögen sich einzig und allein auf die vier ältesten Rusticalservituten, iter actus via aquaeductus, im Gegensatz zu allen übrigen Prädialservituten. Denn nur jene seien res mancipi, gingen durch non usus unter und könnten verpfändet werden. Bei ihnen aber mache es keinen Unterschied, ob sie einem praedium urbanum oder rusticum bestellt würden. Wir glauben eine Widerlegung dieser Ansicht hier nicht geben zu brauchen, da sie sich von selbst aus unserer Interpretation der einschlagenden Stellen ergeben wird.

Bei der Untersuchung unserer Frage ist zunächst zu bestimmen, ob sich der Name der Prädialservitut nach dem herrschenden oder

---

5) Civilist.-Arch. 22, 2.

6) Geist des R. R. II. S. 235. Anm. 358.

7) Lehre von den Servituten S. 316—384.

8) Ueber die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae Heidelb. 1844.

dienenden Grundstücke richtet. Die Ansichten hierüber sind getheilt. Die Anhänger der letzteren berufen sich namentlich auf den Ausdruck servitus, den sie auch hier in seiner natürlichen Bedeutung nehmen wollen, und auf eine Stelle des Ulpian in dem Titel de Publiciana in rem actione[9]. Zu ihrer Erklärung sind die verschiedensten Versuche gemacht. So betrachtet Noodt[10] die Worte forte si ..... transduci für ein Glossem, während Pfordten[11] meint, Ulpian wolle mit den Worten si forte nicht ein Beispiel für das vorher Gesagte anführen, sondern er gehe damit zu etwas Neuem über. Der Sinn der Stelle soll demnach sein: die Publiciana ist zulässig bei den persönlichen Servituten, auch bei den servitutes praediorum urbanorum, wohl auch bei der servitus aquaeductus, aber auch bei allen servitutes praediorum rusticorum überhaupt. Daß indeß auch diese Erklärung auf Billigung keinen Anspruch machen kann, hat Vangerow schon mit Recht bemerkt. Diese Stelle ist überhaupt für die angeführte Meinung nicht beweisend; richtig erklärt spricht sie vielmehr für die entgegengesetzte, da eine servitus aquaeductus sehr wohl einem praedium urbanum bestellt und deshalb eine servitus urbana genannt werden kann.

Die jetzt fast allgemein herrschende Ansicht ist, daß das herrschende Grundstück den Namen bestimmt. Hierfür spricht schon die Analogie der persönlichen Servituten, dann aber auch die Ausdrücke servitutes habere, remittere, recipere, retinere, concedere, amittere. Am deutlichsten zeigt sich dies darin, daß die Römer die Servituten als jura praediorum bezeichnen.[12] Ein Bedenken könnten hierbei vielleicht Ausdrücke erregen wie servitus altius non tollendi, luminibus non officiendi. Allein es liegt

---

9) L. 11. §. 1. Si de usufructu agatur tradito Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci, item rusticorum; nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

10) Comment. ad tit. D. de Publ. et de S. P. R.

11) l. c. S. 19.

12) pr. J. de servit. (2, 3); l. 2. D. de S. P. U. (8, 2).

hier eine Ellipse zu Grunde, denn Paulus selbst sagt: quum servitus imponitur ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur ne jus sit vicino, invitis nobis, altius aedificare, atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum.[13]

Kaum der Erwähnung bedarf wohl die Ansicht, daß der Ausdruck servitus bald die Dienstbarkeit, bald das dingliche Recht an einer fremden Sache bezeichne.

Der Name der Servitut richtet sich also nach dem herrschenden praedium; die praedia sind entweder urbana oder rustica; was haben wir als Unterscheidungsmerkmal anzusehen? Jeder Theil der Erdoberfläche heißt in unsern Quellen locus und, wenn er begrenzt ist, fundus oder praedium. Daher sagt Javolen: fundus est omne quidquid solo tenetur[14] und Florentinus: fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur. sed in usu urbana aedificia aedes, rustica villae dicuntur. locus vero sine aedificio in urbe area, rure autem ager appellatur. idemque ager cum aedificio fundus dicitur.[15] In der älteren Zeit freilich hatte das Wort „fundus" eine engere Bedeutung; aedes oder aedificia wurden nicht darunter mitbegriffen.[16] Die Gebäude also scheiden sich nach dem Orte in aedificia urbana und rustica, jene heißen aedes, diese villae; anders die praedia. Bei diesen ist nicht der Ort das entscheidende Moment, sondern die ökonomische Bestimmung. Daher sagt Ulpian in lib. II. Institutionum: aedificia urbana quidem praedia appellamus, ceterum et si in villa aedificia sint;[17] und in lib. II. de omnibus Tribunalibus: urbana praedia omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis et in vicis, vel si

---

13) L. 4. D. de S. P. U.

14) L. 115. D. de V. S. (50, 16).

15) L. 211. eod.

16) Plaut. Truc. 1, 2, 83 „euge funde et aedes" cf. Gaj. 2, 42; Cic. Top. c. 4, pro Caecin. c. 19.

17) L. 1. pr. D. comm. praed. cf. §. 1 J. de servit. (2, 3).

praetoria voluptati tantum deservientia, quia urbanum praedium non locus facit sed materia.[18] Ja selbst vom praedium suburbanum heißt es: si praedium rusticum vel suburbanum, quod ab urbanis non loco sed qualitate secernitur.[19] In analoger Weise unterscheidet Paulus zwischen servi urbani und rustici, Labeo zwischen urbana pecus et supellex und rustica.[20] Ein praedium rusticum wäre hiernach ein Grundstück, „welches der ländlichen Lebensart, insonderheit dem Betrieb des Landbaues bestimmt ist, ein praedium urbanum ein solches, das den Bedingungen der persönlichen Existenz und Bequemlichkeit, den bürgerlichen Gewerben, überhaupt den von dem Gebrauch zur Gewinnung der Bodenerzeugnisse unabhängigen Bedürfnissen dient."[21] Der Begriff der praedia rustica und urbana pflegt sich aber im Leben complicirter darzustellen. Zu dem praedium rusticum pflegen nicht bloß Ländereien zu gehören, sondern auch Gebäude und ebenso umgekehrt zum praedium urbanum nicht bloß Gebäude, sondern auch Ländereien.[22] Hier entscheidet stets die Natur der Hauptsache, die Servitut gilt nicht als dem Accessorium, sondern als dem Principale constituirt. Eine Anwendung dieses Satzes findet sich in einer vielbesprochenen Stelle des Neratius, wo es heißt: rusticorum praediorum servitutes sunt: licere altius tollere, officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum, vel praetorium, vel protectum habere licere.[23] Viele folgern aus dieser Stelle, daß Neratius eine von den übrigen Juristen abweichende Meinung gehabt hätte, indem von ihm die praedia nicht nach ihrer ökonomischen Bestimmung, sondern nach dem Orte in urbana und rustica geschieden seien. So sagt Vinnius: ille

---

18) L. 198. V. S.

19) L. 16. C. de praed. et aliis reb. min. (5, 71).

20) L. 99 pr. D. de leg. III (32); l. 12 D. de supell. leg. (33, 10), l. 166. D. de V. S.

21) Puchta Inst. II. S. 522.

22) L. 198. D. de V. S., l. 91, §. 5 D. de leg. III. (32).

23) L. 2. D. de S. P. R. (8, 3).

(Neratius) arbitrio suo loquitur non considerato juris effectu. Hoc ut perfectius intelligatur, sciendum praedia eorumque jura dupliciter considerari posse vel simpliciter, qua consideratione nihil prohibet ea loco distinguere, quod fecit Neratius, vel cum effectu juris, qua consideratione loco nunquam distinguuntur.[24] Dieselbe Ansicht vertritt Puchta, doch hält er es auch für möglich, daß der Jurist den Fall im Auge gehabt habe, wo der Eigenthümer eines Platzes sich eine Servitut für den Fall eines künftig zu errichtenden Gebäudes bestellen läßt.[25] Stever meint, daß Neratius hier bloß von dem Recht höher zu bauen, eine Cloake oder ein Vordach errichten zu dürfen spreche, und daher diese Rechte als servitutes faciendi ganz richtig von ihm zu den servitutes rusticae gezählt würden. Auch Vangerow theilte früher diese Ansicht, hat sich jedoch jetzt von deren Unhaltbarkeit überzeugt. An einer genügenden Erklärung scheint er aber zu verzweifeln.[26] Noch andere endlich haben durch eine kühne Conjectur helfen wollen, indem sie, statt rusticorum, urbanorum lesen. Bei unserer Begriffsbestimmung des praedium urbanum und rusticum hat die Stelle gar nichts Auffallendes. Wir haben gesehen, daß zum praedium rusticum außer den Ländereien als Principale auch Gebäude als Accessorium gehören können. Ein solcher Fall liegt hier zu Grunde, und da, wie gezeigt, der Name der Servitut sich nach dem Principale richtet, so werden die hier aufgezählten Servituten ganz richtig servitutes praediorum rusticorum genannt. Nicht unpassend erscheint uns die Conjectur, zwischen den Worten rusticorum und praediorum die Partikel etiam einzuschalten. Jedenfalls hat die jetzige Stellung in der justinianischen Compilation viel zu den falschen Interpretationen beigetragen. In ihrem ursprünglichen Zusammenhange würde die Stelle wahrscheinlich nie ein Bedenken hervorgerufen haben.

---

24) Comment. ad Inst. 2, 3.
25) Instit. II. §. 253. Anmerk. h.
26) Pandekt. I. S. 801.

Diese Begriffsbestimmung des praedium urbanum und rusticum wollen viele Juristen in der Lehre von den Servituten und vom stillschweigenden Pfandrecht nicht gelten lassen, ja Weber in seinen Versuchen über das Civilrecht S. 83 hält es sogar für ausgemacht, daß die eben von uns aufgestellte Ansicht durchgängig falsch sei. Namentlich ist hier die Schrift von Koch de praedio urbano et rustico Jenae 1757 von großer Bedeutung gewesen. Jedes Gebäude nämlich, gleichviel ob es auf dem Lande oder in der Stadt liegt, soll ein praedium urbanum, jeder gebäudelose Platz ein rusticum sein. Zu dieser Auffassung ist man vorzüglich aus dem Grunde gekommen, weil man es für unmöglich hielt, daß eine und dieselbe Servitut bald als urbana bald als rustica constituirt werde, obgleich doch für beide Klassen ganz verschiedene Grundsätze aufgestellt würden. So sagt Vinnius:[27] quod ratio non patitur, ut eadem specie servitus nunc urbana nunc rustica dicatur, praedia urbana omnia aedificia, etiam quae in villis et vicis sunt sive ad usum urbanum sive rusticum, contra omnia loca aedificiis vacua etiam area in urbe et horti ad voluptatem comparati praedia rustica appellant. Ita nulla aedificia possunt esse subjectum servitutum rusticarum nec loca aedificiis vacua subjectum urbanarum. Hierfür sollen die schon oben für unsere Meinung citirten Stellen des Ulpian sprechen. Betrachten wir aber zunächst die l. 198 D. de V. S., so kann wohl nirgends deutlicher als hier unsere Ansicht bestätigt werden, daß bei der Bestimmung des praedium urbanum und rusticum einzig und allein der Zweck entscheidet. Die von Ulpian aufgeführten Gebäude haben sämmtlich die Bestimmung zur Wohnung zu dienen und werden deshalb ohne Unterschied, ob sie in der Stadt oder auf dem Lande liegen, praedia urbana genannt, quia urbanum praedium non locus facit sed materia. Dieselbe Bestimmung enthält, wenn auch kürzer ausgedrückt, die l. 1 pr. D. commun. praed. Außerdem steht dieser Ansicht die oben bereits von uns interpretirte

27) Comment. ad Inst. 2, 3.

l. 2 pr. D. de S. P. R. entgegen. Beim stillschweigenden Pfandrecht aber müssen wir eine Ausnahme zugeben. Im Allgemeinen entscheidet freilich auch hier die ökonomische Bestimmung des praedium und sind beim urbanum die invecta und illata, beim rusticum die fructus provenientes als stillschweigend verpfändet anzusehen, wobei ein etwaiges Accessorium, z. B. ein Garten, bei einem praedium urbanum unberücksichtigt bleibt. Es ist indeß möglich, daß das Accessorium vom Principale getrennt vermiethet resp. verpachtet wird; hier kann nur die ökonomische Bestimmung des erstern entscheidend sein, da sonst der wohlthätige Zweck des stillschweigenden Pfandrechts ganz aufgehoben würde. Mit Recht sagt deshalb Neratius: stabula, quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ea numero habenda sint, dubitari potest; et quidem urbanorum sine dubio non sunt, quum a ceteris aedificiis separata sint. quod ad causam tamen talis taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt.[28] Die Abweichung vom allgemeinen Begriff ist also nur aus Nützlichkeits-Rücksichten zugelassen. Aus demselben Grunde sagt auch Ulpian: si horreum fuit conductum, vel deversorium, vel area, tacitam conventionem de invectis, illatis etiam in his locum habere putat Neratius; quod verius est.[29] Und keineswegs ist in dieser Stelle ein Widerspruch mit den obenangeführten desselben Juristen zu finden. Ulrich Huber sucht sich in naiver Weise aus der Verlegenheit zu helfen, den Begriff des praedium urbanum und rusticum festzustellen. Er sagt: certius constat, quae servitutes rusticae vel urbanae sunt, nec proinde erraturum puto, si quis dicere malit, praedia urbana esse, quibus conveniunt urbanae servitutes, rustica consequenter.[30] Als Resultat unserer Untersuchung können wir hinstellen: jede Servitut, welche einem praedium urbanum constituirt wird, heißt eine

28) L. 4 § 1 D. in quibus caus. (20, 2).
29) L. 3 eod.
30) Comment. ad Inst. 2, 3 (opp. tom. I p. 154).

urbana, jede welche einem praedium rusticum, eine rustica. Es ergiebt sich hieraus, daß sich in concreto gar nicht bestimmen läßt, zu welcher Klasse eine Servitut zu zählen sei, es müßten denn beide Klassen ganz streng von einander geschieden sein. Dies scheint auf den ersten Blick im römischen Recht der Fall zu sein, wo die einzelnen Servituten der einen oder andern Klasse beigezählt und dabei für eine jede besondere juristische Regeln aufgestellt werden. Allein bei näherer Betrachtung zeigt sich, daß dies nicht der Fall ist, da Servituten, welche sonst zu den urbanae gezählt werden, als rusticae vorkommen und umgekehrt. Dies hat unsere Juristen bewogen, nach Analogie der irregulären Personalservituten hier von irregulären Prädialservituten zu sprechen, über deren Natur sie unter einander sehr uneinig sind. Wir werden nachzuweisen suchen, daß der Ausdruck auch an dieser Stelle nur verwirrend und vollständig unnütz ist. Unsere Aufgabe ist zunächst zu untersuchen, ob die rechtlichen Verschiedenheiten, welche zwischen beiden Klassen stattfinden sollen, auch wirklich vorhanden sind und ob sie mit der Eintheilung in servitutes urbanae und rusticae in Zusammenhang stehen.

Zwei Ansichten sind hier sofort zu verwerfen. Kormann[31] nämlich behauptet, der Unterschied zwischen servitutes rusticae und urbanae bestehe darin, daß jene affirmative, diese negative Servituten wären. Eine Widerlegung ist hier überflüssig. Andere wollen darin eine rechtliche Verschiedenheit erblicken, daß nur im Gebiete der servitutes praediorum urbanorum die Freiheit des Eigenthums von einer Beschränkung, welche eine Servitut sein würde, Servitut genannt und als solche behandelt werde.[32] Wir wollen hier die Controverse über die Natur dieser Servituten unerörtert lassen, es genügt jedenfalls darauf hinzuweisen, daß unter allen Umständen diese Eigenthümlichkeit sich nur bei einigen servitutes praediorum urbanorum findet. Einer eingehenderen Erörterung bedürfen folgende rechtliche Verschiedenheiten:

---

31) Erlangische Anzeigen a. 1744 Nr. 34 § 2.

32) cf. Fritz in seinen Erläuterungen zu Wening-Ingenheim I S. 357.

1. Die servitutes rusticae sind res mancipi, die urbanae nec mancipi.

Ulpian sagt: omnes res aut mancipi sunt aut nec mancipi. mancipi res sunt praedia in Italico solo tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item jura praediorum rusticorum, velut via iter actus aquaeductus, item servi et quadrupedes quae dorso collove domantur, velut boves muli equi asini. ceterae res nec mancipi sunt. elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt.[33] Die Aufzählung der res mancipi geschieht hier in der Weise, daß zunächst der Gattungsbegriff und dann die einzelnen species angegeben werden. Daß dieselbe eine vollständige sein soll, ergiebt sich aus den Worten ceterae res nec mancipi sunt, und für die Gattungsbegriffe hat dies auch wohl Niemand bezweifelt. Anders dagegen bei den species. Hier erregt das Wort veluti Bedenken. Allein es ist nichts Ungewöhnliches, daß dasselbe auch in der Bedeutung von scilicet, id est, gebraucht wird;[34] und wir können dies hier um so eher annehmen, da die ganze Art und Weise der Aufzählung schon darauf hindeutet. Denn außer der domus giebt es kein praedium urbanum, außer dem fundus kein rusticum, außer den boves muli equi asini keine Zug- und Lastthiere welche zu den res mancipi gehörten. Wir müssen daher annehmen, daß nur die von Ulpian genannten vier ländlichen Servituten res mancipi seien.

Dieser Ansicht scheinen zwei Stellen[35] des Gajus zu widersprechen, in denen die servitutes praediorum rusticorum ganz allgemein zu den res mancipi gezählt werden. Allein abgesehen davon, daß in beiden Stellen die Lesarten sehr unsicher sind, so können wir doch unter den servitutes praediorum nur die vier, iter actus via

33) Ulp. tit. XIX § 1.

34) Dirksen Manuale latin. s. v. veluti § 4. Gaj. 3, 107. 222; Ulp. 10, 2; l. 19, 70 D. de V. S.

35) Gaj. 2 § 17 u. 29.

aquaeductus, verstehen, da, wie Zachariä v. Lingenthal nachgewiesen, Gajus überhaupt nur diese 4 Servituten gekannt hat. Ebensowenig wird die entgegengesetzte Ansicht durch einen Ausspruch von Paulus in den vatikanischen Fragmenten [36] unterstützt. Denn wenn hieraus, wie geschieht, durch ein argumentum a contrario gefolgert wird, daß alle servitutes rusticae res mancipi seien, so wird die Entscheidung unserer Frage schon vorausgesetzt. Auch die l. 12 D. de servit. ist nicht gegen unsere Ansicht, da Javolen zu den Juristen gehörte, welche nur jene 4 servitutes rusticae anerkannten. Bestätigt aber wird dieselbe durch die l. 3 § 2 u. 3 D. de S. P. R., welche der in jure cessio bei den neuen servitutes rusticae gedenkt. Wo aber die mancipatio zulässig war pflegte diese nicht zur Anwendung zu kommen.

Eine rechtliche Verschiedenheit zwischen servitutes rusticae und urbanae können wir also in dieser Beziehung nicht annehmen.

2. Die servitutes rusticae können verpfändet werden, die urbanae nicht.

Ueber die Verpfändung der Servituten handeln zwei Stellen in unsern Quellen, die eine aus Marcianus liber singularis ad formulam hypothecariam, die andere aus dem 68. Buch des Paulus zum Edict. [37] Marcianus bespricht die Verpfändung des Usufructus und unterscheidet dabei die beiden Fälle, daß der Usufructus entweder vom Proprietar oder vom Usufructuar zum Pfand gegeben werden kann. Für den letzteren referirt er ein Responsum des Papinian, wonach der Pfandgläubiger durch eine Exceptio sowohl gegen den Proprietar als auch gegen den Usufructuar geschützt sein soll; für den ersteren giebt er keine Entscheidung. Hierauf geht er zur Verpfändung der servitutes urbanae über, und daran schließt sich die Stelle des Paulus über die der servitutes rusticae. Wie Marcian beim Usufructus, so kann man auch bei den übrigen Servituten zwei Fälle unterscheiden. Entweder nämlich

---

36) § 45.

37) L. 11 u. 12 D. de pign. (20, 1).

kann der Inhaber einer Servitut dieselbe zum Pfand geben oder der Eigenthümer des dienenden Grundstücks eine solche pfandweise constituiren. Gegen die Zulässigkeit des ersten Falles hat sich von jeher die überwiegende Mehrzahl der Juristen ausgesprochen und vergeblich hat sie in der neuesten Zeit Rudorff nachzuweisen versucht. Er giebt zwar zu, daß die fiducia nicht denkbar sei, weil durch dieselbe das jus übertragen würde, wohl aber pignus und hypotheca, da durch jenes nur der Besitz, durch diese auch nicht einmal dieser übertragen würde.[38]

In Ansehung des zweiten Falles vertreten die meisten Juristen die Ansicht, daß die pfandweise Constituirung einer Servitut von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks bei Rustical-, nicht aber bei Urbanalservituten zulässig sei. Man nahm allgemein an, daß die Servitut dem Pfandgläubiger constituirt werde, und stritt sich nur über den Zeitpunkt der Constitution. So will Gesterding[39] sie im Augenblick der Verpfändung, Hepp[40] dagegen vor derselben als geschehen annehmen. Hiergegen machte Büchel[41] geltend, daß die Frage zunächst zu berücksichtigen sei, wem die zum Zweck der Verpfändung und als Object des Pfandrechts constituirte Servitut zustehe, dem verpfändenden Eigenthümer oder dem Pfandgläubiger? Jenem könne sie als Servitut nicht zustehen, denn nemini res sua servit, sodann aber auch, weil man sonst bei der pfandweisen Einräumung einer servitus praedii auf Seiten des Verpfänders neben dem praedium serviens zugleich ein anderes praedium, welches nach der pfandweisen Constituirung der Servitut als praedium dominans erscheine, voraussetzen müßte, wo dann aber wieder die Verpfändung geradezu unmöglich wäre, weil eben eine servitus praedii ohne das praedium dominans, also selbständig weder dem Rechte noch der Ausübung nach einem andern eingeräumt werden

38) Rudorff in Richters Jahrb. 1844 S. 324 flg.
39) Gesterding Pfandrecht S. 70. 71.
40) Hepp im civilist. Archiv 15 S. 83. 84.
41) In den civilrechtl. Erörterungen Bd. I Nr. 3.

könnte. Aber auch dem Pfandgläubiger könne die pfandweise eingeräumte Servitut nicht als solche bestellt sein, weil Niemand an seiner eigenen Sache ein Pfandrecht haben könne. Er selbst stellt folgende Meinung auf: dem Pfandgläubiger sei das verpfändete Object nur in der Weise verhaftet, daß er zum Zwecke seiner Sicherheit sich in den Besitz desselben setzen und es, um zu seiner endlichen Befriedigung zu gelangen, veräußern könne. Es könne daher der Pfandgläubiger nicht selbst als Servitutberechtigter in Betracht kommen, sondern er habe nur das Recht, im Falle der Nichtbefriedigung die Servitut mit der Wirkung zu veräußern, daß dieselbe dem Rechte nach dem Käufer erworben werde. Dieser Ansicht ist der bei weitem größte Theil unserer Juristen gefolgt. Rudorff[42] dagegen will, da Niemand mehr Recht auf einen andern übertragen könne, als er selbst habe, nur die Ausübungsbefugniß der Servitut auf den Käufer übergehen lassen. Zachariä schließt die Anwendung der hypotheca ganz aus und beschränkt das pignus, worin ihm auch Elvers und Schmidt[43] beistimmen, auf die ausdrücklich genannten vier Servituten.

Aus welchen Gründen diese Verschiedenheit zwischen den servitutes urbanae und rusticae stattfinde, ist von jeher sehr bestritten gewesen. Viele haben deshalb auf andere Weise eine Erklärung dieser Stellen zu geben versucht. Sie glauben nämlich, in der l. 11 § 3 cit. liege nur der Fall vor, wo eine bereits bestehende Servitut vom Inhaber verpfändet werde, in der l. 12 cit. aber, wo von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks eine Servitut zum Zweck der Verpfändung erst constituirt werde.[44] Dies letztere aber sei sowohl bei Urbanal- als Rusticalservituten zulässig.

Bei Erörterung unserer Frage kann es nicht entgehen, daß zwei Prinzipe mit einander collidiren: einmal die Untrennbarkeit der Servitut vom herrschenden Grundstück und zweitens der letzte Zweck des

42) l. c. S. 325.

43) In der Gieß. Zeitschrift. N.-F. V S. 356 fgg.

44) Duaren. disp. Ann. II, 13. Pfordten im civilist. Archiv 22 S. 24 fgg.; vgl. dagegen Sintenis in Richters Jahrb. 1843 S. 779 u. 80.

Pfandrechts, der Verkauf des verpfändeten Objects. Viele wollen das erstere hier cessiren lassen, wogegen aber Keller[45] mit Recht einwendet, daß dies nur dann zuzulassen wäre, wenn die Unveräußerlichkeit der Prädialservituten etwas bloß begrifflich technisches, äußerliches — etwa durch die Form der Mancipation oder in jure cessio veranlaßtes wäre und nicht vielmehr zur innersten, materiellen Natur derselben gehörte. Das Wege- oder Wasserrecht, denke man es als justa servitus oder als bloße quasipossessio, welche der Schuldner auf seinem Grundstücke dem Gläubiger für das seinige gewähre, sei aber doch nach Subject Gehalt und Wesen, ja mehr oder weniger auch nach dem körperlichen Substrat (Gestalt und Richtung des Weges ꝛc.) ein ganz anderes als die Servitut, welche in der Folge der Gläubiger dem dritten Nachbar für dessen Grundstück verkaufe und als Stellvertreter des Schuldners bestelle. Hierzu kommt noch ein factisches Moment. Paulus gründet seine Ansicht auf die utilitas contrahentium. Diese aber wäre nach der gangbaren Erklärung der l. 12 cit. eine sehr problematische. Denn wer giebt dem Gläubiger die Garantie, daß zur Zeit des Pfandverkaufes ein Nachbar sich findet, der gesonnen ist, die verpfändete Servitut für sein Grundstück zu erwerben? Es bedarf keiner näheren Ausführung, daß eine Servitut sich viel weniger als jedes andere Object zum Handelsverkehre eignet. Die richtige Meinung, wenn auch falsch begründet, hat Stever, welcher die Verpfändbarkeit der Servituten überhaupt leugnet. Nicht zu billigen aber ist es, wenn er die Stelle des Paulus so versteht, daß darin nicht von der Verpfändung des Wegerechts ꝛc., sondern nur von der eines Weges die Rede sei. Die richtige Erklärung ist in gewohnter scharfsinniger Weise von Keller[46] gegeben. Nach ihm kann man seinem Nachbar für dessen Forderung mittelst einer ländlichen Servitut Sicherheit bestellen, indem man ihm entweder:

a. die quasipossessio derselben unter der Resolutivbedingung der Zahlung, oder

45) In dies. Jahrb. 1858 S. 212 fgg.
46) ebenda.

b. einen Kaufanspruch unter der Suspensivbedingung der Nichtzahlung gewährt.

Keller selbst giebt zu, daß die Verbindung der einzelnen Sätze etwas holperig ist, allein dies kann uns nicht hindern, seine Ansicht zu adoptiren. Ebensowenig läßt sich die Möglichkeit bestreiten, daß beide Geschäfte vereinigt werden können. Das Bedenken, welches das Verbot der lex commissoria erregen könnte, hat Keller gleichfalls überwunden. Wir erhalten auf diese Weise zwei für den Verkehr sehr praktische Geschäfte, von denen Paulus mit vollem Rechte sagen konnte, daß sie propter utilitatem contrahentium zugelassen seien. Paulus selbst führt in der l. 12 cit. nur die 4 ältesten ländlichen Servituten iter actus via aquaeductus auf, allein diese sind nur als Beispiele anzusehen, und die Stelle deshalb auf sämmtliche Prädialservituten auszudehnen, so daß auch in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen servitutes urbanae und rusticae nicht anzuerkennen ist.

Bevor wir zu einem andern Punkte übergehen, möge es verstattet sein, mit wenigen Worten das Verhältniß zwischen l. 11 § 3 und l. 12 cit. zu berühren. Keller meint, Marcian habe einfach gesagt: jura praediorum pignori dari non possunt; hinterher hätten die Compilatoren mit Unterbrechung der Auszüge aus Marcian das Fragment aus Paulus als l. 12 eingeschoben und demselben zu Ehren dann in § 3 das Wort urbanorum eingeschoben. Diese Ansicht scheint durch eine Nachricht bestätigt zu werden, welche sich bei Charondas [47] findet. Derselbe bemerkt nämlich, daß in den ältesten Handschriften und Drucken vor Haloander das Wort urbanorum fehle. Allein dies beruht auf einem Irrthum. Denn nicht allein, daß im Florentiner Codex und in den Drucken vor Haloander, wie z. B. in der Ausgabe des Andreae thoresani de Asula a. 1491, sich das Wort urbanorum findet, sondern auch Azo hat zu demselben eine Glosse geschrieben und in den Basiliken lautet die Uebersetzung: *αἱ πολιτικαί*. Der Zusammenhang zwischen beiden

47) Verisim. I, 5 § 7 (in Otto thes. I p. 698).

Stellen scheint vielmehr folgender zu sein: Marcian handelte von der Verpfändung des usus fructus, der servitutes urbanae und rusticae. Die Compilatoren reihten daran das Fragment des Paulus, was war wohl natürlicher, als daß sie die Worte des Marcian über die Verpfändung der servitutes rusticae fortschnitten?

3. Bei den servitutes rusticae findet eine possessio discontinua, bei den urbanae eine continua statt.

Nach langem Ringen ist von den römischen Juristen ein dem Eigenthumsbesitz analoger Servitutenbesitz anerkannt, welcher quasi oder juris possessio genannt wird. Derselbe setzt, wie die corporis possessio, animus und corpus voraus. Der erstere stellt sich bei allen Servituten als die Absicht dar, dieselben für sich gleichwie der Berechtigte ausüben zu wollen. Es wird also der animus servitutem sibi habendi erfordert. Der Besitzwille muß in einer der Servitut entsprechenden Herrschaft verkörpert sein. Dieselbe erscheint aber bei den verschiedenen Servituten in ganz verschiedener Gestalt. So stellt sich das corpus der persönlichen Servituten in der Detention des dienenden Grundstücks dar, das der Prädialservituten theils in einer Anstalt auf dem herrschenden, theils in einem Unterlassen, theils endlich in intermittirenden Handlungen auf dem dienenden Grundstücke.

Die possessio der beiden ersten Arten von Prädialservituten ist eine continua, die der letzten eine discontinua. Die meisten Juristen haben diese Verschiedenheit auf die Eintheilung der Servituten in urbanae und rusticae bezogen; andere dagegen haben geltend zu machen gesucht, daß einerseits auch bei den Servituten, welche von den Römern gewöhnlich zu den rusticalen gezählt werden, eine dauernde Anstalt erfordert werde, andererseits aber bei den urbanalen eine intermittirende Handlung. Allein das Wesentliche und Entscheidende ist z. B. bei der servitus aquaeductus nicht das Vorhandensein der Wasserleitung, sondern das Leiten des Berechtigten, also eine Handlung; und andererseits ist z. B. bei der servitus fumi immittendi die Handlung irrelevant, die Anstalt das Entscheidende. Obgleich wir also diese Einwendungen nicht anerkennen, so können wir dennoch die Verschiedenheit des Servitutenbesitzes

mit der Eintheilung der Prädialservituten in urbanae und rusticae nicht in Verbindung bringen. Denn, wie wir oben gesehen haben, ist eine servitus rustica die, welche einem praedium rusticum, eine urbana die, welche einem praedium urbanum bestellt wird. Da außerdem diese beiden Klassen nicht streng von einander geschieden sind, sondern eine und dieselbe Servitut bald zu dieser, bald zu jener gehören kann, so würde der Besitz einer solchen ein verschiedenes corpus haben müssen, je nachdem sie gerade einem praedium urbanum oder einem rusticum constituirt wäre, was undenkbar ist.

Die Römer haben uns selbst die Eintheilung angegeben, mit der diese Verschiedenheit des Servitutenbesitzes in Verbindung zu bringen ist. Paulus nämlich lehrt: servitutes praediorum aliae in solo aliae in superficie consistunt.[48] Unsere Juristen haben viel über den Sinn und die Bedeutung dieser Stelle gestritten. Es ist nicht wahrscheinlich, daß Paulus hier dieselbe Eintheilung, welche kurz vorher Marcian aufgestellt, nur mit andern Worten wiederholen sollte. Dann würden die Compilatoren sie als überflüssig fortgelassen haben. Sie soll vielmehr die Verschiedenheit des quasi Besitzes bei den einzelnen Prädialservituten andeuten. Der Besitz der Servituten, welche in superficie consistunt, stellt sich entweder in einer dauernden Anstalt auf dem herrschenden Grundstücke da, wie bei dem jus tigni immittendi, oder in einem dauernden Zustande des dienenden, wie bei dem jus altius non tollendi; dagegen beruht der Besitz der servitutes in solo auf intermittirenden Handlungen, wie beim jus eundi, aquam ducendi; von diesen sagen die Römer, daß sie keine possessio certa et continua haben, da, wie Paulus sich ausdrückt, nemo tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.[49] Anders dagegen bei den Servituten in superficie, welche auf einer Anstalt beruhen. Ihr Besitz ist nur ein modificirter Hausbesitz und wie die jura praediorum nihil aliud esse dicuntur nisi prae-

48) L. 3 D. de servit. (8, 1).
49) L. 14 pr. eod.

dia qualiter se habentia, so ist die quasipossessio dieser Servituten eine qualitas praedii.

Vergleichen wir diese Eintheilung der Servituten mit der in urbanae und rusticae, so müssen wir bekennen, daß beide fast zusammenfallen, wenn wir wenigstens nur die Servituten betrachten, welche von den Römern in der Regel der einen oder der andern Klasse beigezählt werden. Eine Ausnahme macht indeß die servitus cloacae. Sie muß ebenso wie die servitus aquaeductus zu den servitutes in solo gerechnet werden. Daher kommt es, daß die Römer beide Eintheilungen mit einander verwechseln und von servitutes urbanae sprechen, wo servitutes in superficie, von rusticae, wo servitutes in solo gemeint sind. Die Gefahr, auf diese Weise eine Verwirrung anzurichten, lag um deshalb ferner, weil sie nicht wie wir abstracte Sätze aufzustellen, sondern die einzelnen Rechtsregeln stets durch concrete Beispiele zu veranschaulichen pflegen. So konnte ein Jeder leicht erkennen, welche Eintheilung im einzelnen Falle gemeint sei; daß man aber der Eintheilung der Servituten in urbanae und rusticae den Vorzug gab, lag darin, weil diese die von Alters hergebrachte war.

Viele Juristen haben den possessorischen Schutz der Servituten mit der Eintheilung derselben in urbanae und rusticae in Verbindung zu bringen gesucht. Nur letztere sollen durch eigene Interdicte geschützt sein, bei ersteren dagegen das interdictum uti possidetis zur Anwendung kommen. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ergiebt sich aus der Thatsache, daß für die servitus cloacae, welche von den Römern stets zu den urbanalen gezählt wird, vom Prätor ein eigenes Interdict aufgestellt ist. Aber auch aus der Servituteneintheilung des Paulus ist diese Verschiedenheit des possessorischen Schutzes nicht abzuleiten und zwar aus dem ganz einfachen Grunde, weil derselbe überhaupt nicht aus der Anerkennung der quasipossessio hervorgegangen ist. Er ist bei weitem älteren Ursprungs als diese. Dies ergiebt sich schon daraus, daß die römischen Juristen, wie Bruns[50] richtig bemerkt, nach Ausbildung der Lehre vom

50) Recht des Besitzes im Mittelalter S. 82.

quasi Besitz dieselbe doch nicht bei der Besprechung der Interdicte zu Grunde legen, sondern höchstens beiläufig darauf Rücksicht nehmen. Freilich spricht Javolen [51] von den interdicta veluti possessoria, allein diese beziehen sich keineswegs auf die alten Wege- und Wasserleitungsinterdicte, sondern nur auf die für den Usufructus eingerichteten Formeln der interdicta uti possidetis, utrubi etc. [52] Ein possessorischer Schutz ist nur für die einfachsten und ältesten servitutes in solo, für die Wege- und Wasserrechte ausgebildet; doch wird nicht jede Ausübung geschützt, sondern eine besonders qualificirte erfordert. In Beziehung auf die ersteren ist das interdictum de itinere actuque privato gegeben. Es wird verlangt, daß im letzten Jahre die Gerechtigkeit mindestens 30mal fehlerlos ausgeübt sei. [53] Auf die Wasserrechte finden Anwendung die Interdicte de aqua quotidiana, de fonte et de fonte purgando unter der Voraussetzung, daß in dem letzten Jahre fehlerlos Wasser geleitet resp. geschöpft sei, [54] die Interdicte de aqua aestiva und de rivis unter der analogen, daß im laufenden oder vorhergehenden Sommer solches geschehen sei. [55] Endlich hat der Prätor noch ein Interdict de cloacis aufgestellt, zu dessen Begründung nur erfordert wird, daß ein Abzugscanal vom herrschenden Grundstück in das dienende hinüberführt. Daß diese Qualification nicht bloß aus dem Grunde erfordert sein kann, um die Thatsache der Ausübung einer Servitut hinreichend festzustellen, ist klar; denn in diesem Falle würde man sich bei dem Interdicte de itinere actuque privato sicherlich mit einer geringeren Anzahl von Tagen begnügt haben. Die Interdicte wurden vielmehr vom Prätor aus Gründen der Zweckmäßigkeit und des öffentlichen Wohls aufgestellt, wie dies beim interdictum de cloacis ausdrücklich gesagt ist. [56] Bei den Weggerech-

---

51) L. 20 D. de servit. (8, 1).
52) Elvers Lehre von den Servituten S. 662 Anmerk. cc.
53) L. 1 § 1 de itinere actuque (43, 19).
54) L. 1 pr. D. de aqua quot. (43, 20), l. 1 pr. u. § 6 de fonte (43, 22).
55) L. 1 § 29 D. de aqua quot., l. 1 pr. D. de rivis (43, 21).
56) L. 1 § 2 D. de cloacis (43, 23).

tigkeiten war die Rücksicht auf den Ackerbau maßgebend. Nur der Drang der Umstände hat die Römer bewegen können, eine Beschränkung des Eigenthums durch Servituten zuzulassen; hatte aber der Inhaber einer Wegegerechtigkeit dieselbe ein ganzes Jahr lang nicht benutzt, so lag die Vermuthung nahe, daß sie zur Bestellung seines Ackers nicht durchaus nothwendig, und kein Grund vor, daß ihm der Prätor den vortheilhaften Schutz durch Interdicte gewährte. Ja der Prätor ging noch weiter. Das Bedürfniß einer Wegegerechtigkeit zeigt sich am dringendsten auf dem Lande; daher gewährte der Prätor das interdictum de itinere actuque privato ad tuendas rusticas tantummodo servitutes.[57] Anders bei der servitus aquaeductus. Diese kann für den Besitzer eines städtischen Grundstücks ebenso wichtig sein, wie für den eines ländlichen, und der Prätor läßt deshalb das interdictum de aqua quotidiana et aestiva nicht allein zu, wenn die Wassergerechtigkeit einem praedium rusticum, sondern auch, wenn sie einem urbanum, ja selbst wenn sie nur zum persönlichen Gebrauch constituirt ist.[58] Es geht hieraus klar hervor, daß der Interdictenschutz kein Ausfluß der quasipossessio der Servituten ist.

Die positiven Servituten in superficie werden durch das Interdict uti possidetis geschützt, da ihre Störung zugleich eine Störung des Besitzes des herrschenden Grundstücks ist. Von den negativen Servituten in superficie läßt sich ein Gleiches nicht behaupten, und daß das genannte Interdict hier keine Anwendung findet, ergiebt sich daraus, daß im Fall einer Verletzung derselben durch den Nachbar die operis novi nuntiatio für nothwendig erklärt wird.[59] Viele haben nun auch darin ein unterscheidendes Merkmal zwischen servitutes urbanae und rusticae erkennen wollen, daß nur bei den ersteren die operis novi nuntiatio anwendbar gewesen sei. Andere dagegen wollen dieselbe auf die negativen Urbanalservituten beschrän-

57) L. 1 § 1 D. de itinere actuque (43, 19).
58) L. 1 § 11 D. de aqua quot. (43, 20).
59) L. 5 § 10 D. de op. novi nunt. (39, 1).

ken. Nach der von uns aufgestellten Ansicht würde auch hier die Unterscheidung zwischen servitutes in solo und in superficie Platz greifen müssen; aber wir werden gleich zeigen, daß eine solche rechtliche Verschiedenheit zwischen den einzelnen Prädialservituten in Betreff der operis novi nuntiatio gar nicht existirt. Ulpian sagt ganz allgemein: jus habet opus novum nuntiandi, qui aut dominium aut servitutem habet,[60] und an einer andern Stelle: belle Sextus Pedius definiit triplicem esse causam operis novi nuntiationis . . . impositiam, quum quis, posteaquam jus suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit.[61] Ausdrücklich für zulässig erklärt er sie bei der servitus oneris ferendi.[62] Dagegen schließt Julian ihre Anwendung beim jus eundi aus.[63] Auf diese letztere Stelle gestützt, haben die meisten Juristen die operis novi nuntiatio auf die servitutes urbanae (in superficie) beschränkt.

Die bisherigen Meinungen unserer Juristen stehen mit den angeführten Quellenzeugnissen in Widerspruch. Es läßt sich aus ihnen nicht darthun, daß die operis novi nuntiatio bei der einen Klasse von Prädialservituten auszuschließen, bei der andern zuzulassen sei. Es kommt vielmehr alles auf den Inhalt der einzelnen Servitut an, und eine servitus in solo kann ebenso gut zur operis novi nuntiatio berechtigen, wie eine servitus in superficie. Daher sagt Elvers[64] ganz richtig: bei der unendlichen Anzahl von Servituten konnte der Prätor nicht ein für allemal festsetzen, welche Servituten er als genügend zur Erhebung einer gültigen operis novi nuntiatio, welche er als ungenügend ansah; er behielt sich dies für jeden einzelnen Fall vor und gab seinem Edict demgemäß nach dieser Seite hin eine weitere und unbestimmtere Fassung.

60) L. un. § 3 D. de remiss. (43, 25).
61) L. 5 § 9 D. de oper. n. nunt.
62) L. 6 § 7 D. si serv. vind. (8, 5).
63) L. 14 D. de op. n. nunt.
64) l. c. S. 838.

4. Die servitutes rusticae erlöschen durch non usus, die urbanae durch libertatis usucapio.

Mit der quasipossessio in naher Verbindung steht der Untergang der Servituten durch non usus und libertatis usucapio.

Durch Nichtgebrauch geht eine Servitut unter, wenn sie während einer bestimmten Zeit weder vom Eigenthümer des herrschenden Grundstücks noch von irgend einem Anderen für dasselbe ausgeübt ist. Ob diese Ausübung mit Willen des Servitutinhabers oder natürlicher Hindernisse halber unterlassen, ist für den Untergang des Rechts irrelevant.[65] Ja derselbe wird sogar angenommen, wenn die Gerechtigkeit in anderer Weise geübt ist, als sie ihrem Inhalte nach dem Inhaber zustand.[66] Durch eine theilweise Ausübung dagegen wird sie erhalten. Außer dem non usus wird zum Verluste einiger Servituten noch die libertatis usucapio erfordert, doch sind über ihre Natur unsere Juristen uneinig. Gajus beschreibt sie uns bei dem jus altius non tollendi und tigni immittendi folgendermaßen: die Servitut, daß der Nachbar sein Haus nicht höher bauen soll, geht erst dann verloren, wenn derselbe sein Haus höher gebaut und es während der gesetzlichen Zeit in diesem Zustande erhalten hat; die servitus tigni immittendi, wenn der Inhaber derselben den Balken aus dem Loche herausgenommen und es die Verjährungszeit über verstopft hat.[67] Der Servitutbelastete muß während dieser Zeit im Besitz des dienenden Grundstücks gewesen,[68] und der Zweck der Servitut in dauernder Weise durch eine sich äußerlich darstellende Verrichtung verhindert sein.[69] Deshalb sagt Puchta ganz richtig, daß die libertas rei eine sich äußerlich an der Sache darstellende Qualität ist, welche in der Sache gleichsam verkörpert ist und so ein Gegenstand des Besitzes im Besitz der Sache wird.[70]

---

65) L. 35 D. de S. P. R. (8, 3), l. 14 pr. D. quemadm. serv. (8, 6).
66) L. 18 pr., l. 10 § 1, l. 11 D. eod.
67) L. 6 D. de S. P. U. (8, 2).
68) L. 32 § 1 D. eod.
69) L. 7 D. eod.
70) Inst. II § 257 S. 324.

Eine andere Ansicht von der libertatis usucapio trägt Zachariä vor. Es soll überall nur nöthig sein, daß die Ausübung der Servitut durch eine entscheidende Handlung des Eigenthümers verhindert werde, und zwar einerlei, ob diese Handlung dauernde körperliche Spuren an der Sache hinterlassen habe oder nicht. Zum Beweise beruft er sich auf die l. 18 § 2 D. quemadm. serv. (8, 6), wo Paulus als Erforderniß der libertatis usucapio nur das jus interpellare erfordern soll. Allein es fehlt hier der zur libertatis usucapio erforderliche usus, da die Servitut einem künftigen Gebäude auferlegt ist. Wo aber kein Recht des Gebrauches stattfindet, kann es auch keine Unterbrechung geben. Ferner verweist er auf das jus altius tollendi, bei dem sich am dienenden Grundstück ein veränderter, die libertas bekundender Zustand gar nicht denken lasse.[71] Hiergegen hat Rudorff ganz richtig eingewandt, daß dieser Servitut gegenüber eine usucapio libertatis ganz unmöglich sei, da sie unter die lex Scribonia fallen würde.[72]

Eine große Streitfrage unter den Juristen ist es aber, welche von den Prädialservituten auf die eine oder die andere Art untergehen. Einige haben behauptet, daß die s. g. qualificirten Servituten nur durch libertatis usucapio, die nicht qualificirten durch bloßen non usus untergingen. Die meisten dagegen haben im Anschluß an die Meinung der Glossatoren diese Verschiedenheit des Unterganges auf die Eintheilung der Servituten in urbanae und rusticae bezogen. Noch andere endlich haben auch bei einigen servitutes rusticae die libertatis usucapio zulassen wollen, so namentlich in neuerer Zeit Zachariä, dessen Ansicht auch hier Elvers gefolgt ist. Derselbe beschränkt den Untergang der Servitut durch non usus auf die vier, iter actus via aquaeductus. Der allgemeine Ausdruck des Gajus in der l. 6 cit. soll auf diese zu beschränken sein, weil er überhaupt nicht mehr servitutes rusticae gekannt habe. Obgleich wir der letztern Meinung beipflichten, so ist

---

71) l. c. S. 59. 60.

72) l. c. S. 327.

die Stelle doch nach der duplex interpretatio unter allen Umständen auf sämmtliche servitutes rusticae auszudehnen. Die Hauptstelle ist die l. 6 cit., entlehnt aus Gajus Commentar ad edictum provinciale. Sie ist zu verbinden mit der voraufgehenden l. 2, wie dies schon die Inscription zeigt. Außerdem wird der Untergang durch libertatis usucapio erwähnt beim jus altius non tollendi,[73] luminibus non officiendi,[74] tigni immittendi.[75] Nach einer Stelle des Ulpian[76] scheint das letztere durch bloßen non usus unterzugehen, allein es steht fest, daß dieselbe dahin zu ergänzen ist: si vicinus simul libertatem usuceperit. Dagegen sollen durch non usus verloren gehen: die servitutes itineris, actus, viae,[77] aquaeductus[78] und aquaehaustus.[79] Die vier ersten Servituten erwähnt auch Paulus in den recept. sent. lib. I. tit. 17, doch ist diese Stelle nach der Emendation von Zachariä zu lesen.

Die Quellen verbinden diese Verschiedenheit des Untergangs der Servituten mit der Eintheilung derselben in rusticae und urbanae. Allein hieraus kann, wie aus unseren früheren Erörterungen hervorgeht, keine rechtliche Verschiedenheit folgen. Wir müssen deshalb unseren Ausführungen unter Nr. 3 gemäß unter dieser Eintheilung die andere in servitutes in solo und superficie verstehen, worauf uns auch die von Gajus in der l. 6 cit. angeführten Beispiele hinweisen. Alle Servituten nämlich, deren Besitz entweder auf einer dauernden Anstalt des herrschenden Grundstücks be-

---

73) L. 6 u. 32 D. de S. P. U., l. 4 § 29 D. de usuc. (41, 3).

74) L. 6 cit., l. 6 D. si serv.

75) L. 6 cit., l. 14 D. quemad. serv.

76) L. 8 § 4 D. si serv.

77) L. 18 D. de S. P. R., l. 9 § 1 D. si serv., l. 2, 5, 6, 8 § 1, 10 pr., 12, 13, 14, 19 § 1 D. quemad. serv., l. 4 § 27 D. de usuc., l. 7 D. de aqua quot., l. 14 C. de serv. (3, 34).

78) L. 34 § 1, 35 D. de S. P. R., l. 9 § 1 D. si serv., l. 7, 8, 9, 10 § 1, 12, 18 pr., 19 pr. D. quemad. serv., l. 17 pr. D. de aqua et aquae (39, 3), l. 1 § 23 de aqua quot. l. 10 C. eod.

79) L. 17 D. quemad. serv.

ruht, wie bei der servitus tigni immittendi, oder auf einem passiv beschränkten Zustande des dienenden, wie bei der servitus altius non tollendi, gehen nur unter, wenn zum non usus noch die libertatis usucapio tritt; alle diejenigen aber, deren Besitz sich in intermittirenden Handlungen des Berechtigten auf dem dienenden Grundstücke darstellt, erlöschen schon durch bloßen non usus.

Der Untergang der Servituten durch non usus enthält etwas Anomales, denn, wie Rudorff treffend bemerkt, die Nichtausübung schließt die Möglichkeit nicht aus, den Servitutbesitz beliebig zu reproduciren; man hat also einen Wiedererwerb der Freiheit angenommen ohne entschiedenen Besitz, einen Verlust der Servitut ohne entschiedene Unterbrechung. Die Erklärung dieser Unregelmäßigkeit findet er in der alten Regel: quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Der Besitz der Servitut (so hätten die veteres, qui tunc jura condiderunt, geschlossen) besteht in einem uti, ducere aquam, mithin beruht die Ausübung der libertas auf einem non uti, non ducere. Jene wird erworben durch den Anfang des usus, folglich diese mit dem Eintritt des non usus. Ja das jus selbst würde durch Fortsetzung des usus in zwei Jahren erworben werden — denn es ist nur der fundus qualiter se habens, wenn nur in der Discontinuität des usus kein Hinderniß läge. Also, sagten die veteres, muß auch der Verlust des jus und der Erwerb der libertas durch non usus eintreten. Vom legislativen Standpunkte aus läßt sich freilich viel gegen den Verlust der Servituten durch bloßen non usus sprechen, allein es ist nicht die Aufgabe der Wissenschaft, das positive Recht zu ändern. Einige meinen, daß dies durch zwei Constitutionen Justinians [80] geschehen sei, allein von jeher ist mit Recht die Ansicht herrschend gewesen, daß es sich darin nur um eine Verlängerung der Verjährungszeit handle. [81]

---

80) L. 16 C. de usufr. (3, 33), l. 13 C. de serv. (3, 34).
81) Vang. Pand. I S. 894 fgg.

Das Resultat unserer Untersuchung ist, daß die Eintheilung der Servituten in urbanae und rusticae gar keine Bedeutung für das Rechtssystem hat. Gleichwohl legen die Römer auf sie ein großes Gewicht und es erscheint daher nothwendig auseinanderzusetzen, wie diese Erscheinung zu erklären sei. Das Recht schreitet überall in langer Stufenleiter vom Concreten zum Abstracten hinauf. „Der abstracte Gedanke kommt ursprünglich erst in beschränkter Weise, bei einem einzelnen Punkt, dem historischen Durchbruchspunkt, zum Vorschein und erlangt erst nach und nach die Ausdehnung und Ausbreitung, die ihm seiner Natur nach gebührt.[82]

Die vier ältesten Servituten iter actus via aquaeductus verdanken ihre Entstehung einem dringenden Bedürfniß des Ackerbaues, das sich schon in sehr früher Zeit geltend gemacht haben muß. Dies zeigt sich am deutlichsten aus der Strenge, mit der man selbst noch in späteren Zeiten an diesen 4 Servituten festhielt.[83] Dagegen gehören die servitutes urbanae einer freieren Rechtsbildung an, weshalb sich auch nirgends in unseren Quellen eine Andeutung findet, daß sie auf eine bestimmte Zahl beschränkt gewesen seien. Lange Zeit mögen diese beiden Bildungen als jura praediorum urbanorum und rusticorum neben einander bestanden haben, ehe es einer geläuterten Rechtsanschauung möglich wurde, über die äußere Verschiedenheit beider Klassen zur Erkenntniß ihrer inneren Gleichheit zu gelangen und sie unter den allgemeinen Begriff servitutes zu befassen. Endlich subsumirte man darunter auch die persönlichen Servituten, ohne sich indeß ganz von der älteren Rechtsanschauung losmachen zu können; denn man verstand auch jetzt noch unter servitutes *κατεξοχήν* die Prädialservituten. Spuren dieser allmähligen Entwicklung finden sich selbst im corpus juris. So bezieht Ulpian [84] einen Rechtssatz nicht auf den Gesammtbegriff, sondern auf die einzelnen Arten der Servituten. Und wie wenig

82) Ihering, Geist des römischen Rechts II. S. 366.
83) § 2 J. de serv. (2, 3).
84) L. 8 § 2 si serv. (8, 5).

scharf abgegrenzt dieser Begriff war, geht daraus hervor, daß Julian die superficies zu den Servituten zählt.[85]

Wir sind zu der Annahme berechtigt, daß zu der Zeit, als die jura praediorum urbanorum den jura praediorum rusticorum gegenübertraten, jene aus einem praedium urbanum, diese aus einem rusticum constituirt zu werden pflegten, mithin diese Eintheilung der Servituten sich mit der des Paulus in der l. 3 D. de serv. deckte. Dies bestätigt auch die Aufzählung der einzelnen Servituten, wie sie von den römischen Juristen geliefert wird. Man konnte daher ganz wohl die rechtlichen Verschiedenheiten, welche für beide Klassen in Betreff des Besitzes und der Verjährung galten, mit dieser Eintheilung in Verbindung bringen. Mit der Zeit änderte sich dieser Zustand. Das Bedürfniß führte dahin, einem praedium rusticum auch eine Servitut zu bestellen, welche sonst gewöhnlich zu den urbanalen gezählt wurde, und umgekehrt. Hierdurch verlor die alte Eintheilung jeden juristischen Werth. Aber die Römer, getreu ihrem streng conservativen Charakter, behielten sie selbst da bei, wo es sich um rechtliche Verschiedenheiten handelte, ohne jedoch die Bedeutung zu verkennen, welche die Unterscheidung der Servituten in servitutes in solo und in superficie für die Beurtheilung der juristischen Natur derselben hat. Es hätte dies freilich leicht zu Mißverständnissen führen können, allein die römischen Juristen entgingen dieser Gefahr dadurch, daß sie zur Begründung der einzelnen Rechtssätze stets specielle Servituten anführten. Wir müssen daher in jedem einzelnen Falle untersuchen, ob mit dem Ausdrucke servitutes urbanae und rusticae nur bezeichnet werden soll, für welches praedium eine einzelne Servitut bestellt ist, wie in der l. 2 D. de S. P. R., oder ob damit die Eintheilung in servitutes in solo und in superficie angedeutet wird, wie in der l. 6 D. de S. P. U. Im ersteren Falle wird auf den Namen, im letzteren auf die juristische Natur Bezug genommen.

---

85) L. 86 § 4 D. de leg. I (30).

Für das heutige römische Recht ist daher die alte Eintheilung der Servituten in urbanae und rusticae ohne juristischen Werth, und unbegründet ist jedenfalls auch die Meinung Puchtas, der sie wenigstens auf den Inhalt der Servituten influiren lassen will. Wir müssen uns an die Eintheilung halten, welche uns die Römer in der l. 2 D. de serv. überliefert haben, und demgemäß Gebäude und Grunddienstbarkeiten unterscheiden.

V.

Recensionenverzeichniß.

(Januar bis April 1862).

Ackermann, Für die deutsche Polizei. Krit. Blätter 2.
Actenstücke über die Gesetzentwürfe, betr. die Verpflichtung z. Kriegsdienst. Allg. Schweiz. Mil. Ztg. 1861. 51.
Altmann, Praxis der preuß. Gerichte in Kirchen-, Schul- u. Ehesachen. N. evang. Kirchenzeitung 1861. 51. — Schles. Zeitg. 11.
Archiv f. kathol. Kirchenrecht. Philothea 5. — Kath. Schweizerbl. 3.
Avé-Lallemant, Krisis der deutschen Polizei. D. Gerichtssaal 1.
Beckhaus, Grundzüge des gemeinen Erbrechts. Haimerl, Vierteljahrsschrift VIII. 2.
Beiträge zur exacten Forschung auf dem Gebiete der Sanitätspolizei, von Pappenheim. Vogel u. Nasse, Archiv VI. 2.
Beleuchtung der Parität in Preußen. Archiv f. kathol. Kirchenrecht. N. F. I. 2.
Berner, Abschaffung der Todesstrafe. D. Strafrechtspflege 1861. 6.
Berninger, das Institut der Staatsanwaltschaft. D. Strafrechtspflege 1861. 6.
v. **Bertrab**, Grundriß d. schwurgerichtl. Strafprozesses. Archiv f. preuß. Strafrecht 1. — Berl. Gerichtsztg. 21.
Böhlau, die Einzelhaft in Preußen. D. Gerichtssaal 1861. 6. — Liter. Centralblatt 5.
Bohlmann, Denkschrift über die Ansprüche Preußens an Braunschweig. Gött. gel. Anz. 1861. 52.
Bomhard, die Civilrechtspflege in der bayr. Pfalz. Schletter, Jahrbücher. VII. 4. — Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rechtspflege in Bayern VIII. 3.
Büff, kurhessisches Kirchenrecht. Kath. Lit. Ztg. 3. — Protest. Kirchenzeitung 6. — Hist.-polit. Blätter 49. Bd. 4. Heft. — Liter. Centralblatt 16.
Bulmerincq, v., d. Gesetz d. Kuhpocken-Impfung in Bayern. Aerztl. Intelligenzbl. 9.
Busch, Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter. Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft IX. 3.
Chop, über die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch eines Verbrechens. D. Strafrechtspflege 1861. 6.
Civilprozeßnovelle, d. k. sächs., von Wenck. Wissensch. Beil. d. Leipz. Ztg. 16.
Corpus juris confoed. germ., ed. Meyer et Zoepfl. Kath. Lit.-Ztg. 7. — Wissensch. Beil. der Leipz. Ztg. 20.
Damianitsch, Studien über d. Mil.-Strafrecht. Liter. Centralblatt 5.
Dankwart, Nationalökonomie u. Jurisprudenz. Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft IX. 3.
Degenkolb, die Lex Hieronica u. das Pfändungsrecht der Steuerpächter. Heidelb. Jahrb. 9.

Ubbelohde, über das Recht der Ent- u. Bewässerung. Der Gerichtssaal 2.
Ulmer, der Zürcherische Civilprozeß. Pözl, Vierteljahrsschr. 1861. 4.
Umlauff v. Frankwell, Leben und Wirken eines österr. Justizmannes. Liter. Centralblatt 1861. 52.
Vering, röm. Erbrecht. Haimerl, Vierteljahrsschrift VIII. 2. — Liter. Centralblatt 13.
Wächter, Concordat und Recht in Württemberg. Z. theol. Litbl. 27.
Wächter, Wechsellehre. Centralanzeiger 1861. 24.
Walter, Lehrb. des Kirchenrechts. Archiv f. kath. Kirchenrecht. N. F. I. 2.
Weeber, Abhandl. aus der Strafgesetzkunde. D. Gerichtssaal 1.
Wiarda, Bedenken gegen das Schwurgericht. D. Gerichtssaal 2.
Wittich, die Amortisation der Pfandbriefe. Wilda, Centralbl. 2. 3.
Zeitschrift für Bergrecht. Allg. berg- u. hüttenmänn. Ztg. 9.
Zeitschrift f. Kirchenrecht, von Dove. Protest. Kirchenzeitung 6. 7.
Zeitschrift für Rechtsgeschichte, von Rudorff u. A. Liter. Centralblatt 16.
Zöpfl, Alterthümer d. dtschen Reichs und Rechts. St. Gall. Mitth. 1861. 66. — D. Gerichtssaal 1861. 6. — Hamb. Nachrichten 1861. 282. — Mag. f. d. Lit. des Ausl. 12. — Westermann's Monatshefte 67.

Verantwortlicher Redacteur: Prof. Dr. E. J. Bekker in Greifswald.

Druck von C. P. Melzer in Leipzig.

VI.

D. Christoph Kuppener, ein Beitrag zur Literärgeschichte, besonders des Handelsrechts.

Von D. Theodor Muther.

Quellen der nachfolgenden Darstellung sind:

1) Handschriftliche Quellen.

a) MS. 34 des Königl. Geh. Archivs zu Königsberg in Pr.[1] Papierhs. mit Drucksachen untermischt in kl. Fol., 273 von mir gezählte und bezifferte Bll. Holzband. Auf dem Schnitt (kaum lesbar): Tercia pars | Handlunge vnde Consilia dr Cristofferi | Cuppener. Saec. XV. und XVI. Den Anfang bildet ein Gutachten des Hieronymus de Zanetinis, I. V. D. und Ordinarius iur. can. zu Bologna im Original mit wohlerhaltenem Siegel über eine Patronatssache (fol. 1—6); am Rand von fol. 1ᵃ links steht von neuerer Hand in vertikaler Richtung: Monrjj. olivens. ord. Cist. in Prussia. Dann folgen Abschriften von Prozeßacten und anderen Urkunden, Rechtsgutachten mit dem Namen Christoph Kuppeners, Rechtsgutachten Anderer, sonstige juristische Ausführungen und Notizen, Abschriften und Drucke von Gesetzen, Abschriften von Reden, allerlei bunt untereinandergeworfene Bemerkungen u. s. w. Die große Mehrzahl der im Eingang oder am Ende als Kuppeners

1) Vgl. Muther Gewissensvertretung S. 73.

Arbeit bezeichneten Consilien ist flüchtig von einer und derselben Hand geschrieben und nicht selten bis zur Unlesbarkeit von Correcturen durchackert; nur wenige machen den Eindruck einer sauberen Abschrift, doch diese sind von anderer Hand, bloß die seltenen Correcturen gehören jenem ersteren Schreiber an. Ich kann daher nicht zweifeln, größtentheils Originalmanuscripte und zwar Concepte Kuppeners vor mir zu haben, während nur einiges von einem Lohnschreiber gefertigt, aber von Kuppener selbst collationirt ist. Dies und der Umstand, daß fast alle in unserem Band enthaltene Schriftstücke eine nähere oder entferntere Beziehung zu Kuppeners Lebenslauf haben, giebt mir die Ueberzeugung, daß die vorliegende Sammlung von Kuppener selbst herrührt; da auch noch auf der inneren mit Papier überzogenen Seite des hinteren Holzdeckels Notizen von seiner Hand sich finden, so hat er auch den Einband besorgt, wennschon erst in seinen letzten Lebenstagen.

In dem Folgenden werde ich vielfach auf die Sammlung zurückkommen und sie als „Kuppeners Collectaneen" oder einfach als MS. 34 citiren. Hier aber will ich noch einige in derselben enthaltene Piéçen erwähnen, die wohl für Andere ein Interesse haben, während sich mir keine Gelegenheit bot, sie anzuführen.

Fol. 105—135 alter Druck. Blatt 1: ORdnung des heyligen | Romischen Reichs. Dann Blatt 2 oben: Hernach volget dye verschreibūg. so des Reichs. Regiments hilff vñ | ordnung halben. auff dem Reichs | tag zu Augspurg beschlossen vnnd | auffgericht ist. — Sign. Bij.: Geben vnd geschehenn zu Augspurg Auff den andern tag des Monats Julij. Anno domini. Millesimo quingentesimo. — Dann Sign. Biij.: Abschied des Reichs tag zu Aug- | spurg. Anno dñi M.CCCCC.—Blatt 10b folgt: Gemein pfennig. Ibid.: Cammergericht und Anderes. — Letzte Signatur: F (iij); im Ganzen 30 Blätter mit Signaturen und Blätterzahlen. fol.

Dieser Druck scheint identisch zu sein mit dem bei Panzer, Annalen der älteren deutschen Litteratur ꝛc. S. 245 n. 493 beschriebenen; doch fehlte bei dem von Panzer benutzten Exemplar das erste Blatt.

Fol. 149. 150. Urkundenabschrift. Bürgermeister und Rath (zu Leipzig) verkaufen Wilhelm Holdenhorff, Doctor artium et medicinä, Collegiaten im großen Collegio, dreißig Gulden Rheinisch Gold jährlichen Zins. Dat. Sonntag Jubilate 1501.

Fol. 191. 192. Copia deß vortrachts Zwyſſchen der vniuersythett vnd dem Radt zw Leipzk d. d. Dienstags nach Kiliani 1466.

Fol. 232. Abschrift. Oratio legatorum venetorum ad dominum Maximilianum Caesarem habita Mēmingen iij .... Januarii Anno etc. viij.

Fol. 232b—234. Abschrift. Maximiliani Responsum.

Fol. 234b. 235. Abschrift. Ex commentarijs peregrinacionum quedam Oratio coram Soldano perorata (1504).

Fol. 237—243. Gutachten in einer Untersuchungssache gegen Mr. Wunsidel zu Leipzig und Andere, die Jurisdiction des Bischofs zu Merseburg über Leipziger Universitätsangehörige betreffend.

Fol. 270b. Concept. Ad questionem qua dubitatur Cur alienabitur anima infantis ab aeterna patria si baptisando nemo infanti subuenerit.

b) Leipziger Universitätsurkunden, wie Matrikel ꝛc. Mittheilungen daraus verdanke ich der Freundschaft von Prof. Zarncke und Prof. Dietzel.

c) Acten des Stadtraths zu Löbau über die Kuppenerschen Stipendien. Einiges daraus mir mitzutheilen hatte Herr Kreisrichter Löffler zu Löbau die Güte.

Anm. Daß noch außerdem handschriftliche Quellen für Kuppeners Biographie aufzutreiben sind, bezweifle ich nicht. So erwähnt Feller, Catal. cod. ms. biblioth. Paul. p. 245 ein Manuscript: Christoph Kupner, der freyen Kunst und beyder Rechten Doctor und Ritter Teutsches Büchlein vom Wucher und wucherischen Handel, item von Wechsel auff Leipzig und Frankfurt gerichtet. Wahrscheinlich enthält dasselbe eine Abschrift des unten 2 d. δ. aufzuführenden Drucks. Von den Collectaneen aber waren außer dem oben beschriebenen

Band, wie die Bemerkung auf dem Schnitt zeigt, noch zwei Bände vorhanden. Wo sie geblieben sein mögen?

2) Gedruckte Quellen.

a) Gleichzeitige Biographie in Conradi Wimpinae Scriptor. insign. centur. ed. Merzdorf n. LIII p. 61. Sie ist so kurz, daß sie hier mitgetheilt werden kann: „Christophorus Cupinerius, natione Prutenus, oriundus ex opido Labaw, artium et utriusque iuris Doctor atque miles, Collegii Ducalis Academiae Lipzensis Collega, Vir magnae eloquentiae, edidit Commentarios super Authenticam C. Ne filius pro patre. Item de usuris lib. I. Floruit circa A. Domini 1500." Hierauf stützen sich die Angaben bei Jöcher s. v. Cupinerius und in neueren Ausgaben (auf das Erinnern von Blaufus) s. v. Cuppener.

b) Die Werke Zarnckes:

α) Die urkundlichen Quellen zur Geschichte der Universität Leipzig etc. Leipz. 1857.

β) Acta rectorum universitatis studii Lipsiensis etc. 1858.

γ) Die Statutenbücher der Universität Leipzig. Leipz. 1861.

c) Die Handschriften und Bücherverzeichnisse von Feller, Leich, Breitkopf, Panzer und Anderen, namentlich Jacob Wilhelm Blaufus, Vermischte Beiträge zur Erweiterung der Kenntniß seltener und merkwürdiger Bücher (1753) I. p. 74 sqq.

d) Die eigenen Bücher Kuppeners.

α) Aurea auctētica habi | ta diui impatoris Fri= | derici . Sub ti . C. Ne. fi. pro pa. situata pui | legia z libertates doctorū . magistrorū stu | dentū . siue scolariū . cuiuscūqʒ etiā pfessi | onis . in studiis vniuersalibꝰ degen= ciū ɔti | nens . Cū pulcerrimis notabilibus z que= | stionibus iuriū . vltra alios scribētes . reso | lutis . per magnificū et eximiū virū Chri= | stopho(rum) Cuppeneriū . inter vtriusqʒ iuris doctorē minimū et militē . examīata . pre= | sens cernis. hāc q emerit. diligenterqʒ lege= | rit. nec emptiōis. nec lectiōis penitebit. |

Sebastianus Miricius (vulgo von der | heyde) Regiomōtanus ad lectorem | Aurea multiiugos — claudens auctētica — scirpos | Hoc poterit lecto — non grauis esse — libro. | Hanc — siquidem docta — plane est discussa minerua | Christophori legis — iuris itemqȝ scii —| Oedipus obscuros — spyngis — dissoluere nodos | Quiuit — at hic legis oedipus alter adest | Quare age — Marsupio — deprome — nomismata charo; | Letus — et hijs — tantum tollito lector opus |

Dies der nur annähernd genau wiedergegebene Titel des in kl. Fol. mit gothischer Schrift gedruckten Werkes. Im Ganzen umfaßt dasselbe 46 Blätter, die in Lagen à 6 Blätter zerfallen, nur die letzte Lage hat 8 Blätter. Die Lagen sind mit Custoden (A bis G), die ersten 4 (resp. 5) Blätter jeder Lage auch mit Signaturen (i—iiij resp. V) bezeichnet. Blatt- oder Seitenzahlen fehlen.

Sign. F ij (b) unten steht:

Et tantū de hu9 auree ꝛ nobilissime auctētice int'pretatiō. ad laudē dei. ꝛ gloriosissime virginis marie. ac oīm sanctorum. altera scrīssimi iohis apl ꝛ euāgeliste finita. Anno dñi. Millesimo quingētesimo sexto.

Sign. F iij folgt:

Enceniū doc. Christophori Cuppenerij pru- | teni. de Lobaw. Anno dñi millesimo q'n- | gētesimo sexto. vniuersitatū scolasticis si- | ue studētib9 ꝑ mūnere uoui (sic!) anni. donoda- | tū (sic!). hic in calcē supradicto(rum) annotatū.

Das Encenium nimmt etwas mehr als eine Seite Raum ein. Dann folgen wieder 10 Distichen von Sebastian Miricius oder v. d. Heyde an Kuppener.

Von Sign. F iij bis zu Ende Register mit der Ueberschrift: Regestum. doc. Christophori. Cuppenerij ... Sup Examīata ꝑ eum in Auctenticā. habitā. etc.

Auf der Vorderseite des letzten Blattes (G[Viij$_a$]): Finis regesti . Examīatorum . super autenti- | cam . habita . diui Friderici secundi . C. ne fi. | pro pa. Ad laudem dei anno ꝛc. vts sexto. | que si quis graphica nō perfunctoria lectiōe | legerit . lectiōis non penitebit. Impressum | Liptzk p Melchiorē Lotter. |

Dann noch: Errores.

Vgl. Panzer, Annal. typogr. VII p. 155 n. 175, der das Werk ungenau genug beschreibt.

β) Elegātissime annota- | tiōes siue declaratiōes | vnacum regesto. sup examīatis doctoris | Christofori Cuppenerij pruteni de lobaw | in auctēticā habita. C. ne. fi. pa. situatam. | Per eundē magnificū virū. v. j. doctorem | minimū. ꝛ militem. inter legendū. dum in | scholis iuristarū. studij Liptzens. eādem | autēticā. Cū suis exaīatis publice legeret | edite et composite. atqꝫ hic. ad instātes suo- | rū auditorū preces. ꝛ p studiosorū vtilita | te. subimpsse. quas si quis graphice lege- | rit. fructuosam reportabit dulcedinē ac | cōmoditatē. Ad laudem dei Amen. |

Carmina ad sanctissimā matrē sanctā Annam. | Anna salutiferi. mater genitricis iesu. | Vnde fluit miseris. vita salusqꝫ reis. | Que nunqꝫ genito. fusos e corde precatus. | Non audis. spe omni (...).[1] corda relicta iuuans. | Me precor. hoc misero. facias ita degere mundo. | Mortuus. etherea leter. vt inde domo. |

Format, Druck ꝛc. wie bei α. Im Ganzen 53 Blätter (Sign. A bis J).

Sign. G (V$_a$):

Et tm̄ de annotacionibus ad laudem dei | et gloriosissime virginis | marie ac omnium sancto- | rum, et precipue sanctissime matris Anne. die | martis post dominicam palmarum. in sacro tempore | quadragesinali. Anno

1) Hier fehlen in dem Exemplar, das ich benutze, einige Buchstaben.

domini millesimo quingentesimo | septimo. in clara vniuersitate liptzensi. dum | ibidem isto tempore lurida pestis grassari | cessauerat. | Lector operis. deum omnipotentem pro Christofero | Cuppenerio. supplex ora et eius allegata diligen | ter exquire et digeras. et fructus dulcedinem | gustabis. |

Folgt noch:

Oratiuncula in laudem iuris doctoris Cristoferi Cuppenerij rc. anno 1507.

Endet Sign. G (V^b) mit Dixi. Hierauf bis J (V) Register (Regestum).

Sign. J (V^a) Ende:

Ad laudem dei et beatissime virginis ejus | matris marie amē ipsa diui Johannis bapti- | ste. In clara Liptzk per Melchiorem Lotter | Anno domini Millesimo q̄ngētesimo septimo. | Impressum.

Auf Sign. F (V^b): Errores.

Von dieser Schrift Kuppeners scheint Panzer keine Kenntniß zu haben, oder sie mit der sub α. beschriebenen zu verwechseln. Uebrigens habe ich beide sehr seltenen Drucke in Exemplaren der hiesigen Kgl. Bibliothek benutzt, die in einen ehemaligen Prachtband zusammengebunden sind (Incunab. 298) und hie und da Correcturen von Kuppeners eigener Hand an dem Rande tragen. Ich zweifle daher nicht, ein Dedicationsexemplar vor mir zu haben.

Eine neue Ausgabe von α ist unter dem Titel: Cupperius Prutenus de Lobaw, commentarii in Auth. habita Francof. 1605. 8. erschienen. Vgl. Stobbe, Rechtsquellen I S. 633 not. 76.

γ) Consilia Elegātissima | in materia vsura(rum) ꝛ Cōtractuū vsurario(rum) | Et in quib⁹ pulcre cōtineat. Quid sit ī pau| peres mōs pietatis. in italia in practica frequētissimus | in Germania vero hactenus fere incognitus ꝑ quē sub- | tili adinuentiōe. vsuraria prauitas radicitus euellit. Et |

que sint hoim mercatorū z negociatorū . in rebus seculari | bus . licite vł illicite . iuste vł iniuste negociatōs z mer= can | tie . Que licita et iusta cāpsorū cābia . z que iniusta z illi= | cita. p Magnificū ac Excellentissimū et Strennuū virū | dn̄m Cristophorū Cwppeneriū prutenū . Arciū z vtri= | usq3 iuris Doctorē Et equitem auratū Ad laudē dei et | rei publice vtilitatē Edita z cōposita hic subimpressa. |

Steffanus Gerdt de monte Regio Ex prussia. Arciū | z decretorū doctor Ad lectorem | Mercator locuples . necnō decurio diues | Et publicane rapax . z tu numate sacerdos | Nūc mōtem pietatis agas : pro paupe gratū | Municipe : vt tandē pietas te eterna focillet | Nosti com= plures : quibus est succincta supellex | Et quibus ingeniū . virtus . ac optima proles | Et cōiunx operosa est . men= dicare verētes | Nec labor hos terret . solū pars deficit eris | Paruula . qua facile possent deponere grandē | Pauperiē . Misero tu ciuis cōsule ciui | Neu malesuade succrescētis foenoris artes | Te ignarū perdāt . huic te cōcede libello | Excubias istas . nec te voluisse pigebit.

Format, Druck 2c. wie bei α. 18 Blätter (Sign. A—C).

Am Ende:

In vigilia diue | Margarete ŕgīs . Anno Dn̄i M. D.VIII. Saluo vniuscui9q3 cōsilio . meli9 in ea ma senciētis. z salua correctiōe etiā scte mr̄is ecclie . de q̇bus ꝑtestat̄. Impr̄ssum Liptzk per Melchiorem Lotter.

Vgl. Panzer, Annal. T. VII p. 161 n. 228 und die dort Citirten, besonders Blaufus a. a. O. Ein Exemplar des höchst seltenen Buchs in meinem Besitz.

δ) Ein schons Buchlein czu | deutsch . doraus . ein itzlicher mensche . was | standes er sey . lernē mag . was wucher vnd | wucherische hēdel sein. vn̄ was der berg der | mildigkeit d' dy wucherischē hēdel vortilget | vn̄ in deutschē landen bißher vnbekant ge= |

west ist . in sich helt . Auch was rechte vñ vn- | rechte kaufmãschafft vñ hendel gesein . vnd | wechsel aller wechseler des wechsel geldes | durch den achtbarn hochgelertẽ vñ Gestrẽ | gen hern Cristoferum Cwppener der freyen | kunstẽ. vñ beider recht doctorẽ vnd ritter. got | czu lobe vnd gemeinẽ nutz cz (rechtge) macht | vnd geendet.

Format, Druck ꝛc. wie bei α. 36 Blätter (Sign. A—F).

Am Ende:

Am obẽt der heiligẽ iunckfrawẽ Margarete geendet. | nach gots geburt . tausent funffhũdert vñ in dem achtẽ iare . . . . . Amen. Gedruckt czu Leiptzk durch Melchor Lotter.

Vgl. Blaufus a. a. O. Panzer, Annalen der älteren deutschen Literatur p. 296 n. 619.

Ein wurmstichiges und defectes Exemplar im Besitz der Kgl. Bibliothek zu Königsberg in Pr.; ein wohlerhaltenes und vollständiges besitze ich selbst.

In dem Folgenden werde ich citiren:

Auth. habita = α
Annotationes = β
Consilia = γ
Vom Wucher = δ.

In der kleinen Stadt Löbau in Westpreußen lebte um die Mitte des fünfzehnten Jahrhunderts ein Mann Namens Christoph Kuppener, von dem ich nichts weiß, als daß er nebst seiner Frau Margarethe in der Pfarrkirche dortselbst begraben liegt,[2] folglich zu den angesehenen Leuten gehörte, daß seine Mutter Hedwig, sein Vater Petrus hieß, daß letzterer Licentiat beider Rechte, für damals

2) Testament Chr. Kuppeners (des Jüngeren) im Universitätsarchiv zu Leipzig: „. . . zu der Löbau in der Pfarrkirche, da meine Eltern liegen . . .“ Mittheilung von Dietzel.

etwas sehr Bedeutendes, war,[3] und daß ihm etwa im Jahr 1466[4] ein Sohn geboren wurde, welcher in der Taufe ebenfalls den Namen Christoph erhielt.

Dieser jüngere Christoph Kuppener ist es nun, welcher uns in dem Folgenden beschäftigen wird. Er erzählt von sich selbst[5], daß er im Fürstenthume der Herzoge zu Sachsen und auf deren löblicher Universität zu Leipzig sich von Jugend auf „enthalten", daß er dort „gestudirt" habe und „erwachssen" sei.

Im Sommersemester 1482, unter dem Rectorat von Andreas Frisner de Bunsidel (Wunsidel), artium magister sacraeque theologiae baccalaureus, wurde als zwölfter unter den neuen Ankömmlingen aus der Polnischen Nation Christofforus Kuppner de lobaw in die Matrikel der Universität Leipzig eingetragen. Ein Jahr darauf, im Sommersemester 1483 bei dem Examen vor dem Georgstag unter dem Dekanat des Johannes Lirike de Francken-fordis erhielt er („Cristoferus kupner de lowaw") den Grad eines Baccalaureus in der Artistenfacultät und zwar als einer der „pauperes". 1485 „vor dem Galustag" (16. October) wurde er vom Dekan Thomas Hertil de Gawer zum magister artium promovirt.[6]

Von da an wendete sich Kuppener der Jurisprudenz zu. Wer seine Lehrer waren? Höchstwahrscheinlich Johann v. Breitenbach, I. V. D., der von 1484 an das Ordinariat bekleidete, vielleicht auch Heinrich Grefe von Göttingen, magister, legum ac decretorum doctor, der 1485 Rector war, sowie Johann Erolt von Zwickau, magister, decretorum baccalaureus atque legum doctor, 1479 Rector, von 1486 an Kanzler Herzog Albrechts zu Sachsen. Ver-

---

3) S. die Urkunde bei Zarncke, Statutenbücher p. 249. Testament Christoph Kuppeners. Vom Wucher Sign. Diij und anderwärts.

4) Wenn Chr. Kuppener iun. etwa im 16. Lebensjahr die Universität bezog, wie es damals gebräuchlich war, muß er um 1466 geboren sein.

5) Vom Wucher Sign. Diij.

6) Mittheilungen von Dietzel aus den betreffenden Urkunden der Universität Leipzig.

muthungen helfen hier wenig. Von den genannten Personen und den damaligen Zuständen der Juristenschule zu Leipzig handle ich ein ander Mal. Sicher ist nur, daß „Christofferus Kuppener“ in dem Verzeichniß der Doctoren, welches Hommel dem von ihm angelegten Statutenbuch der Juristenfakultät zu Leipzig einverleibte,[7] als iuris utriusque doctor sich findet und zwar etwa als der letzt-sechste vor 1504.[8] Da Kuppener in seinen um das Jahr 1493 beginnenden Collectaneen sich stets Doctor beider Rechte nennt, muß er schon vor seinem Weggang aus Leipzig diesen Grad erlangt haben, also für jene Zeit in einem sehr jugendlichen Alter. Auch leitet eine Spur darauf zurück, daß er damals schon sich verheirathet habe und deshalb aus dem Collegium beatae virginis austreten mußte.[9] Ist dies richtig, so hat er den gewöhnlichen Gang durchgemacht: als Mitglied der Artistenfacultät gelesen, zugleich aber juristischen Privatunterricht ertheilt und als Advokat practicirt, bis er für würdig befunden wurde „iuris utriusque infulas“ zu erwerben.

Ein Doctor beider Rechte war gegen das Ende des funfzehnten Jahrhunderts noch ein kostbarer Artikel. Fürsten und Städte wogen ihn mit schwerem Geld auf, wenn er anders zu haben war. Und vor allen Städten im heiligen Römischen Reich deutscher Nation war die Stadt Braunschweig eines tüchtigen „Rechtsfreundes“

7) Vgl. Zarncke, Urkundl. Quellen p. 872 ff. besonders 876. Statutenbücher p. 578.

8) Mittheilung von Dietzel.

9) Zarncke, Acta Rectorum p. 143. Es werden da „doctor Christophorus Cupenerus, D. Valerius Pfister, beatae virginis collegii collegae“ als solche aufgeführt, denen die Universität zwar nicht verweigert habe, zu heirathen, die aber deshalb aus dem Collegium ausgetreten seien. In das Collegium minus trat Kuppener erst nach dem Tode seiner Frau. Eine Verwechselung der beiden Collegien in der aus dem Jahr 1540 stammenden Notiz ist also nicht möglich. Folglich muß Kuppener einmal Mitglied des Colleg. beatae virginis gewesen sein und zwar vor seiner Verheirathung. Da er nun nach seiner Rückkehr nach Leipzig bald erkrankte, ist es wahrscheinlich, daß schon vor seinen Abgang nach Braunschweig seine Verehelichung u. der Vorgang fiel, der eben erwähnt wurde.

bedürftig. Wer ihr dazu Kuppener empfahl, wissen wir nicht; wahrscheinlich aber ist es, daß er bereits im Jahr 1493 sich in die Dienste derselben begeben hatte.

Damals war die Stadt Braunschweig mit ihrem Fürsten, dem Herzog Heinrich dem Aelteren, in eine blutige Fehde verwickelt [10]. Nach einem Waffenstillstand vom 3. Mai bis zum 2. Juli 1493 wurde der Versuch gemacht, die obschwebenden Differenzen beizulegen durch einen vor „Schiedsfürsten" geführten Prozeß, als welche Ernst Herzog zu Sachsen, Erzbischof zu Magdeburg, Administrator zu Halberstadt und Kurfürst Johann, Markgraf zu Brandenburg, fungirten. In den Collectaneen Kuppeners findet sich eine Abschrift der interessanten Prozeßacten. Wir lesen da Ladungen zu einem Termin und Protokolle über denselben, welcher Sabbato post Mauricii (28. Sept.) abgehalten wurde [11]; ferner die Klagschrift der Herzoge Heinrichs des Aelteren und Heinrichs des Jüngeren von Braunschweig und Lüneburg für sich und in Vollmacht Herzogs Erich zu Braunschweig und Lüneburg wider die Stadt Braunschweig, Schulden, Anklage und Zusprüche betreffend [12], dann die Einredeschrift der Stadt Braunschweig [13], die Widerklage derselben [14], der Herzoge Einredeschrift auf die Widerklage [15], die Replikschrift der Stadt Braunschweig in der Widerklagsache [16], endlich das Protokoll über einen Termin zu Zerbst, welcher „Dornstag nach Martini" (14. Nov.) 1493 abgehalten wurde [17].

Kuppener wird in diesen Schriftstücken nicht namentlich erwähnt, vielmehr findet sich ein Procuratorium, ausgestellt von der Stadt Braunschweig am Sonntag nach Margaretä virginis (14.

---

10) Näheres bei Wilhelm Havemann, Geschichte der Lande Braunschweig und Lüneburg I S. 279 ff.

11) MS. 34. fol. 7—14.

12) MS. 34. fol. 15—22.

13) MS. 34. fol. 23—45.

14) MS. 34. fol. 47—62.

15) MS. 34. fol. 63—66.

16) MS. 34. fol. 67—74.

17) MS. 34. fol. 75—77.

Juli) 1493 für Albert van Bechelde, Gerwin Wittekop und Hinemar van Lasselde, „borgemestern vnde fulmechtigen", zur Klagerhebung u. s. w. gegen die Herzoge[18], allein da unter diesen kein Rechtsgelehrter ist, die obenerwähnten Prozeßschriften der Stadt aber zweifellos von einem geschulten Romanisten verabfaßt sind, bleibt es wahrscheinlich, daß Kuppener als Actor den Bevollmächtigten zur Seite gestanden habe.

Wir wissen, daß die dreitägigen Verhandlungen zu Zerbst mit einem durch Rechtsverständige von Erfurt, Basel und Heidelberg gesprochenen günstigen Bescheid für die Stadt Braunschweig endeten, daß aber dennoch die Streitigkeit noch nicht völlig beigelegt wurde, indem erst ein am Himmelfahrtstage (8. Mai) 1494 zu Braunschweig abgeschlossener Vergleich der Fehde für damals ein Ziel setzte[19].

Uebrigens befindet sich noch eine wichtige Braunschweiger Urkunde aus dem Jahr 1493 abschriftlich bei Kuppeners Papieren, nämlich ein „nach dem heiligen Palmtage" (31. März) zwischen Ernst Herzog zu Sachsen, Erzbischof zu Magdeburg ꝛc., sowie Bartholt Bischof zu Hildesheim einerseits und der Stadt Braunschweig andererseits zum Schutz des Braunschweiger Handels nach den Stiftsländern für die nächsten zwanzig Jahre abgeschlossener Vertrag[20].

Aus dem Jahre 1494 sind uns zwei Rechtsgutachten Christoph Kuppeners erhalten, in denen er sich ausdrücklich als Braunschweiger Syndicus bekennt. Das eine[21], Alimentenforderung betreffend, ist von geringem Interesse; von um so größerem das andere[22], welches sich auf das Wechselgeschäft (cambium) der damaligen Zeit bezieht und mit einer späteren Schrift Kuppeners in

18) MS. 34. fol. 181 u. 174.
19) Havemann a. a. O. S. 283.
20) MS. 34. fol. 78.
21) MS. 34. fol. 157.
22) MS. 34. fol. 93 sqq.

engem Zusammenhange steht. Wir werden unten darauf zurückkommen.

Die meisten der mir vorliegenden Consilien und Prozeßschriften Kuppeners fallen in die Zeit von 1495—97; fast immer unterzeichnet er sich mit dem Zusatz „cum essem Syndicus Brunsʒwigtzensis“ oder ähnlich.

Am 26. März 1495 eröffnete Maximilian I., damals noch Römischer König, seinen ersten Reichstag zu Worms. Die Reichsstände waren zahlreicher denn je versammelt, wichtige Fragen der äußeren und inneren Politik wurden verhandelt. Die „Handhabung Friedens und Rechtens zu Worms aufgericht“, sowie die Einrichtung des ständigen Reichskammergerichts, eines der größten Ereignisse der Reichsgeschichte,“ [23] ist jedem Juristen in frischer Erinnerung.

Wir finden Kuppener auf dem Reichstag, in welcher Stellung freilich, ist nicht zu ermitteln. Er selbst erzählt, daß er „auf gemeinem des heilig reichs gehaltenn tag czu Wurms“ von dem damaligen Römischen König Maximilianus „in beiweßen viler des heiligen Ro. reichs fürsten“ zum Ritter (eques auratus) geschlagen worden sei [24]. In seinen Collectaneen aber befindet sich der Entwurf einer Lobrede auf „Maximilianus, Romanorum rex“ bei Ertheilung des Ritterschlags [25], sowie die „Gratiarum Actio Christoferi Cuppenerij In Maximilianum Romanorum Regem dum illum In conuentu Imperiali Wormen. Militem exornauerat.“ [26] Beide Reden sind ohne erheblichen Werth, aber wir können mit Sicherheit annehmen, daß Kuppener jener Zeit schon für eine bedeutende Person galt, vielleicht sogar eine Rolle auf dem Reichstag spielte, denn es stand der Ritterschlag damals noch etwas höher, als heutzutage etwa die Ertheilung eines Ordens oder des Geheimenrathstitels. Von da an nennt sich Kuppener regelmäßig:

23) Leop. Ranke, dtsche Gesch. im Zeitalter der Reformation I. S. 113.
24) Vom Wucher. Sign. Diij.
25) MS. 34. fol. 189.
26) MS. 34. fol. 190.

iuris utriusque doctor et miles, mitunter wohl auch Cristoferus de Cuppener etc.[27]

Wieder müssen wir den Blick werfen auf Mißhelligkeiten der Stadt Braunschweig, diesmal mit gewaltthätigen Rittern in der Nachbarschaft. Die Vettern Curth und Othran von Veltheim glaubten an der Stadt sich rächen zu müssen. Curth von Veltheim behauptete, die Braunschweiger hätten ihm einen Knecht, Hans vom Berge, ohne alle redliche Ursache, wider und ohne alle Ordnung der „gotlickenn keyserlichenn bewerdenn Rechte" von dem Leben zum Tode gebracht; Othran von Veltheim gab an, es würden ihm von der Stadt Güter, zu denen er „redliche Ankunft und Titel habe", mit Gewalt vorenthalten[28]. Beide Anschuldigungen scheinen nicht sehr begründet gewesen zu sein; wenigstens was die Hinrichtung „des Knechts" betrifft, so wird erzählt, die Stadt Braunschweig habe den Veltheim'schen Voigt zu Campen wegen Straßenraubs mit dem Schwerte richten lassen[29]. Aber die Herren von Veltheim waren eben einmal rach- und thatendurstig und die Gelegenheit, ihr Müthchen zu kühlen, fand sich bald. Gegen Ende des Jahres 1495 ordnete der Rath zu Braunschweig eine Deputation zu einem „Tag in Lüneburg" ab. In ihr befand sich neben zwei Bürgermeistern auch der Syndicus Kuppener. Diese „des erßamen raths van Brunßwigk geschickte freunde vndt sendebothen" wurden „durch die von velthim . . . nedergeworffen, gefangen einwegk gefurtt vnd geschatzet."[30] Mit verbundenen Augen brachte man die Gefangenen nach Pommern zu einem Verwandten der Herren von Veltheim, welcher dort eine Johanniter-Commende inne hatte.[31] Langwierige Unterhandlungen zwischen den Fürsten von Braunschweig, dem Magistrat daselbst und den Vettern von Velt-

27) Z. B. MS. 34. fol. 226.

28) MS. 34. fol. 209—211.

29) Havemann a. a. O. S. 325.

30) Aus schlechtgeschriebenen Urkundencopien des MS. 34. fol. 193. fol. 209—211.

31) Havemann a. a. O. S. 325.

heim folgten der offenbaren Gewaltthat. Die letzteren dachten vorerst nicht daran, ihre gute Beute leichten Kaufs fahren zu lassen. Ein von „Sonnabend Quasimodogeniti 1497" (1. April) datirtes Rechtsgutachten Christoph Kuppeners, welches die Streitigkeit der Altstadt Königsberg i. Pr. mit der Stadt Kneiphof rücksichtlich des Baues und der Unterhaltung einer Brücke über den „Rathang'schen" Pregel (der jetzigen hohen Brücke) behandelt, schließt mit folgender Anmerkung: „In den gezceytten do ich was Sindicus zcu Brunswygk vnnd von der selbtighen Stadt Anderthalb Jar Othranens vnnd Curdes vann Velthems gefangener. Ab Ich dorvmb albas langkweyligk In diesßem meynem Consilio gewest Adder nach notturfft myn (minder) adder mehr zu screiben, daß Ich mich nicht versehe, verghesßen hatte Pith Ich yedermenniglichen Sollichs, meynem gefengkniß vnnd betrubnisß mehr, dann meyner vnwysßenheidt zcuschatzenn vn̄d zculeggen wollte. Ad laudem dei Amen."[32]

Unter dem Datum Freitags nach Urbani (26. Mai) 1497 erließen die Vettern von Veltheim einen „offenen Brief", worin sie sich gegen die Anschuldigung Herzogs Heinrich des Jüngeren, als ob sie mitten im Frieden, ohne Fehde unter dem Gerichtsbann des Herzogs auf offener Straße die braunschweiger Abgesandten räuberisch angefallen und dadurch auch ihre Lehnspflicht verletzt hätten, zu vertheidigen suchen.[33]

Schon vorher hatte Herzog Heinrich der Aeltere ein Compromiß zwischen den Gevettern von Veltheim und der Stadt Braunschweig, wonach die Entscheidung der streitigen Punkte dem Herzog überlassen wurde, vermittelt. Auf einem „Dornstag in der heiligen Pfingsten" 1497 (18. Mai) zu Helmstädt abgehaltenen Termin wurde der Bescheid ertheilt, daß die von Veltheim ihren Ansprüchen an die Stadt Braunschweig zu entsagen, die Gefangenen aber, keinen ausgenommen, gegen gewöhnliche Urfehde freizugeben hätten.[34]

---

32) MS. 34. fol. 85.
33) MS. 34. fol. 209—211.
34) MS. 34. fol. 211.

Diesem Spruch unterwarfen sich die Parteien. Aber es scheint, als ob Herzog Heinrich der Jüngere von Braunschweig, der in der ganzen Angelegenheit eine ziemlich zweideutige Rolle spielt, die Ursache gewesen sei, daß es immer noch nicht zur Erlösung der Gefangenen kam. Erst „quarta feria post briccij episcopi" 1497 (15. Nov.) verspricht Herzog Heinrich der Jüngere dem Rath zu Braunschweig Lösung der durch Othran und Curth von Veltheim gefangenen Rathsfreunde und Sendboten, sowie Zahlung von 5000 fl. zur „Stattunge" derselben Gefangenen.[35] Also schlug erst nach zweijähriger Gefangenschaft unserem Kuppener die Befreiungsstunde.

Die Stelle eines Syndicus zu Braunschweig bekleidete Christoph Kuppener bis um das Jahr 1500. Zahlreiche Rechtsgutachten aus den Jahren 1497—1500, in denen er seiner Unterschrift den Titel „Syndicus Brunszwicensis" hinzufügt, bekunden dies. Noch im Jahre 1500 sendete er dem Herzog Heinrich dem Aelteren von Braunschweig eine eigenthümliche Bearbeitung der sogenannten Weise des Lehnrechts[36] mit der Schlußbemerkung: „Ad laudem dei et in honorem Illustris principis et domini, domini Henrici Senioris, Ducis in brunszw. et Luneburg etc. Cristoferus de Cwppener v. j. doctor et miles Sindicus brunszwicensis ita ut praemittitur consuluit Saluo etc. Anno domini etc. XV[c]." Es möchte danach den Schein haben, als ob Kuppener selbst als Autor der „Weise" sich bekenne. Aber er steht zu dem kleinen Werke in der That in keinem anderen Verhältniß, als daß er es aus einet älteren Handschrift (in den Formularen wird die Jahreszahl 1464 gebraucht) abschreiben ließ und um einige frostige Notizen bereichert als Rechtsgutachten dem Herzog vorlegte. Dies zeigt auf das deutlichste das uns vorliegende Manuscript.[37]

---

35) MS. 34. fol. 193.

36) Ueber die Schrift vgl. Homeyer, Sachsensp. II. 1. S. 398 f. u. Stobbe, Rechtsquellen I. S. 398.

37) MS. 34. fol. 221—226b. Anfang: Dis ist De rechte wiesze die eyn Jdtlicher' lehnher' | halden sall . der' vmb Lehnrecht synen man | beclaghen will als hyr' nach stet geschribenn.

Es gehört der Hand eines Lohnschreibers an, nur hie und da hat Kuppener Correcturen vorgenommen oder an den Rand kleinere und größere, zum Theil lateinische Bemerkungen geschrieben. Vergleicht man diese mit dem Text, so zeigt sich auf den ersten Blick, daß dieser von Kuppener nicht einmal redigirt, geschweige denn verfaßt sein kann. Die Abweichung unserer Bearbeitung von den beiden bisher näher bekannten Texten der Weise des Lehnrechts „besteht vornehmlich darin, daß ein anderes Vergehen des verklagten Vasallen — die fälschliche Bezüchtigung, daß der Lehnsherr Brief und Zusage gebrochen — gesetzt und die Localität nach der Altmark verlegt wird. Es bleibt immer interessant, daß das kleine Rechtsbuch, von dem nunmehr 4 HSS. bekannt, einer ziemlichen Verbreitung genoß und mehrfach für das praktische Bedürfniß zubereitet wurde."[38]

Haben wir bisher Kuppener in seiner öffentlichen Laufbahn verfolgt, so müssen wir nunmehr einen Blick auf seine Privatverhältnisse werfen. Zu den „pauperes", wie einst als Leipziger Student, gehörte er nicht mehr, vielmehr war er ein wohlhabender Mann geworden, der sich an geschäftlichen Unternehmen mit größeren Summen betheiligen konnte. Zwei Rechtsgutachten aus dem Jahre 1499, eines von Kuppener selbst[39], eines von Tilemann Brandeß, iur. utr. doctor und Probst der heil. Kreuzkirche zu Hildesheim[40], ergeben folgende Thatsachen.

Im Lande Meißen hatte gegen Ende des 15. Jahrhunderts eine sowohl durch Größe ihres Kapitals als das Ansehen ihrer Mitglieder ausgezeichnete Handelsgesellschaft sich gebildet unter dem Namen „de gesellschafft des zcynnhandels" („societas stanni").

Ende: . . . Wer' er' abir' nicht sein man . nach auch | vōn ym̄ belehnt So mag er' . obir yn̄ nicht clagen̄ | zcu lehnrechte Sunder' zcu landrechte fur' des | mannes ordentlichenn̄ Richter, Et tm̄ de illo.

Darunter von Kuppeners Hand die obige Schlußbemerkung.

38) So Homeyer, dem ich meine Abschrift der Weise aus MS. 34 mitgetheilt hatte.

39) MS. 34 fol. 199—202.

40) MS. 34 fol. 204—208.

Die Geschäfte führten 2 Factoren („institores seu factores) in der Weise, daß sie Namens der Gesellschaft Kauf und Verkauf, sowie auch andere Contracte abschlossen, obendrein aber Einzahlungen zur Kasse der Societät in Empfang nahmen und die Einzahlenden in dieselbe aufnahmen. Zu diesem Behuf führten sie ein Verzeichniß (matricula) der Mitglieder, in welches sie die Namen der Eintretenden nebst der Betheiligungssumme eintrugen; auch stellten sie jedem Eingetretenen einen Schein („specialem recognitionem") über seine Einzahlung unter ihrer Hand und mit ihren Siegeln versehen aus. Nach der von Herzog Georg zu Sachsen der Societät ertheilten Confirmation sollten alle Vierteljahre die Rechnungen und Bücher der Factoren von den Gesellschaftern (domini societatis) geprüft und Kassenrevision gehalten werden.

Zu Ende des Jahres 1497 trat Kuppener der Gesellschaft mit einer Summe von 2000 Gulden bei, zahlte dieselbe an die Factoren theils baar theils in Anweisungen, wurde in die Matrikel eingeschrieben und erhielt den Receptionsschein. Am 1. Januar 1499 bekam er eine Gewinnrate, wie die übrigen Theilhaber der Gesellschaft, Niemand hatte, trotz der vierteljährlich vorzunehmenden Revisionen, daran gedacht, seine Mitgliedschaft zu bestreiten. Als nun aber im Lauf des Jahres 1499 die Factoren mit einer, wie es scheint, beträchtlichen Summe durchgingen, suchten die älteren Gesellschafter Kuppener mit seinen Ansprüchen auf das Gesellschaftsvermögen zu entfernen, indem sie behaupteten, er sei nicht ordentlicherweise mittelst Consenses aller Socii in die Gesellschaft recipirt.

Die Rechtsgutachten von Tilemann Brandeß und Kuppener selbst gehen darauf aus, die Frage, ob den Factoren die Receptionsbefugniß zugestanden habe, aus den feststehenden Thatsachen zu Gunsten Kuppeners zu beantworten und darzuthun, daß jedenfalls durch die längere Duldung in der Gesellschaft stillschweigende Aufnahme erfolgt sei. Dabei stützt man sich durchaus auf Römisches Recht und die Scribenten, besonders Bartolus, Baldus, Salicetus, Joannes Andreä, Alexander Tartagnus, Paulus de Castro und andere; ein Zurückgehen auf deutsches Recht findet sich nur insofern, als

Gewicht darauf gelegt wird, daß Kuppener über Jahr und Tag („1 Jahr und 6 Wochen") ohne Widerspruch in der Gesellschaft verblieben sei.

Ob der Rechtsstreit Christoph Kuppeners durch Vergleich beendet worden, oder ob es zum Prozeß gekommen sei, darüber fehlen die Nachrichten. Doch die späteren guten Vermögensverhältnisse des Mannes deuten nicht darauf hin, als ob er den Verlust einer so bedeutenden Summe, wie es 2000 Gulden für die damalige Zeit waren, erlitten habe. Bemerkenswerth aber ist es, daß zu Ausgang des funfzehnten Jahrhunderts in Deutschland Gesellschaften für merkantile Unternehmungen existirten, welche, in ihrer Organisation wenigstens, sich als Anfänge von Actiengesellschaften darstellen.

Ueber das Verbleiben Kuppeners während der Jahre 1500 bis 1505 kann ich keine sichere Kunde geben. Ich vermuthe, daß er vom Jahr 1501 an einige Zeit das Sächsische Kanzleramt für Ostfriesland verwaltet habe. In späterer Zeit nennt er sich selbst: „quondam Sindicus brunszwigtzensium . Et frisie Cancellarius"[41] und: „etwan sindicus czu Brunßwig vñ Canczler in frießlande."[42] Auch findet sich unter seinen Papieren Abschrift eines Compromisses, den unter Sächsischer Vermittlung im Juli 1501 Johann Erzbischof zu Bremen, Christoph Coadjutor derselben erzbischöflichen Kirche, sowie das Kapitel daselbst an einem und Edzart Graf in Ostfriesland am anderen Theil zu Wildeßhausen abgeschlossen hatten.[43] Nun war zwar noch im Jahre 1504 Sigismund Pflug, der seit 1494 das Sächsische Kanzelariat ruhmvoll verwaltete, im Amte und auch in Ostfriesischen Angelegenheiten thätig[44], aber schon zu Beginn jenes Jahres hatte sich Herzog Georg nach einem besonderen „Canzler in Friesland" umgesehen. Wahrscheinlich wurde Pflug in Meißner Sachen und bei wichtigeren politischen Fragen im Allgemeinen

41) De usuris Ajb.
42) Vom Wucher Ajb.
43) MS. 34 fol. 182b—183.
44) Vgl. Wiarda, Ostfriesische Geschichte II. S. 188.

als Rathgeber gebraucht, während die laufenden Ostfriesischen Angelegenheiten ein besonderer in Friesland domicilirender Kanzler besorgte. Doch bin ich nicht der Meinung, als ob Kuppener erst im Jahre 1504 Kanzler in Friesland geworden sei. Herzog Georg ließ Donnerstag nach Erhardi 1504 (11. Jan.) an Doctor Kilian König zu Zwickau schreiben, er sei „eins Canzlers In Friesland nodturfftig. Dorumb sein gn. an Jme bgert, wu er sich darzu wolt gebrauchen lassen, das er solchs seinen gn. zu erkennen geben vnd alsdann zu s. gn. fugen wolte furder mit Jne davon weiter zu handeln vnd zu beslieſſen.“[45] Kilian König nahm das angebotene Amt an, wie sich theils daraus ergiebt, daß er später „etwan Kanzler Herzog Georgs“ genannt wird, theils daraus, daß er im Frühjahr 1504 die Armenprocuratur am gemeinschaftlichen Sächsischen Oberhofgericht niederlegte, weil er sich „außer Landes“, d. h. wohl eben nach Friesland, begeben wollte[46]. So meine ich denn, Kuppener war vor dem Jahre 1504 Kanzler in Friesland und Kilian König sollte sein Nachfolger werden. Ich setze daher das Kanzleramt Kuppeners in die Jahre 1501 bis 1503; daß ich mich dabei irren kann, weiß ich wohl und werde jede Zurechtweisung dankbarst acceptiren.

Noch im Laufe des Jahres 1503 (oder früher) hatte sich Christoph Kuppener nach Leipzig begeben und dort begonnen, mit Beifall zu lesen. Wahrscheinlich war ihm eine Lectura, d. h. besoldete Stelle, in iure ciuili übertragen oder doch in Aussicht gestellt. Schon im Nov. 1502 hatte Herzog Georg für gut befunden, die Juristenfacultät zu reformiren und zu bestimmen, daß in Zukunft neben 4 Canonisten

45) Mittheilung von Seidemann aus dem Staatsarchiv in Dresden. Copial 108.

46) Vgl. über Kilian König: Muther, Gewissensvertretung S. 49 Not. Die dort gegebenen Nachrichten über König werden hier wesentlich bereichert und berichtigt. Urkundlich fest steht allerdings nur, daß zu Beginn des Jahres 1504 König die Ostfriesische Kanzlerstelle angeboten wurde und daß er bald darauf die Armenprocuratur am gemeinschaftlichen Oberhofgericht aus dem oben angegebenen Grund niederlegte. Ich vermag diese Nachrichten nicht besser zu

2 Legisten Einkünfte aus den Universitätsfonds beziehen sollten.[47] Wenn auch diese Maßregel nicht sofort durchgeführt zu sein scheint, da im October 1504 eine tiefergreifende Aenderung durch völlige Absonderung der Einkünfte zweier Collegiaturen von dem Collegium maius für zwei Juristen: „das die juristenn ir wesen alleyne habenn sollenn"[48] — was auf beweibte Civilisten hinzielt — beliebt wurde, so hatte doch schon 1503 der Herzog es sich angelegen sein lassen, tüchtige Lehrkräfte für die Rechtswissenschaft nach Leipzig zu ziehen, wie dies ebenfalls wieder aus einem Schreiben an Kilian König (Donnerstag nach Palmarum, 13. April, 1503) hervorgeht. Darin wird König mitgetheilt: „wu er sich zu Leipzig mit Hawße niederlassen vnd bey der loblichen Vniuersität vleys haben, wolle yn sein gn. mit der ersten Lecturen, die sich in der Juristen facultet vorledigen, außgeslossen das Ordinariat, gnediglichen vorsorgen vnd ym dieselbe vor andern leyhen."[49] Möglich also, daß, da König den Antrag nicht annahm, an Kuppener eine gleiche oder ähnliche Aufforderung erging und daß sich in Folge dessen derselbe zu Leipzig niederließ.

Für das Jahr 1505 fällt es nicht schwer, Kuppeners Anwesenheit in Leipzig zu beweisen. Noch jetzt befinden sich im Archiv der dortigen Universität im Original oder in Abschrift folgende Urkunden: „Montag nach Misericordias domini" 1505 (7. April) verschreibt Simon Pistoris, D. medicinae (geb. 1453, † 1523, Stammvater der berühmten Juristenfamilie), 100 fl. an Christoph Kuppener;[50] Freitag nach Cantate ejusd. (25. April) stellt die Stadt

vereinigen als durch die im Text mitgetheilte Vermuthung. Wie es mit der Angabe von Herzog, Zwickauer Chronik II. SS. 168, 211, 860 steht, daß König bis 1506 im Rathe zu Zwickau gesessen und erst nach 1507 einige Zeit Kanzler Herzogs Georg geworden sei, vermag ich nicht anzugeben. Vielleicht dauerte das Kanzelariat von 1504 nur kurze Zeit, König kehrte nach Zwickau zurück, war betheiligt bei Abfassung der Statuten und wurde dann wieder Kanzler.

47) Zarncke, Statutenbücher p. 28 und bei Stintzing, Zasius S. 332.

48) Zarncke, Statutenbücher pp. 33. 34.

49) Mittheilung von Seidemann aus dem Dresdner Staatsarchiv Copial 108.

50) Zarncke, Urkundl. Quellen p. 753.

Rochlitz in Meißen ein Schuldbekenntniß aus über D. Christoph Cupneri wiederkäufliches Capital à 300 fl. Rheinisch, 6 pro Cent;[51] aus demselben Jahr ist eine Obligation des Raths zu Mitweyda von 500 fl., die später als „ex Legato Cupneri" bezeichnet wird.[52]

Aber auch dafür, daß Kuppener schon vor dem Jahre 1505 in Leipzig sich angesiedelt und an der Universität gelesen habe, ermangeln nicht die Beweise. Es war wohl zu Ende des Jahres 1505 oder zu Anfang 1506, als ein Kreis von Studirenden (Studiosorum cétus) an Kuppener ein Schreiben[53] richtete, worin er aufgefordert wird, die bekannte Authentica habita (s. U.) zu bearbeiten und sein Werk zu veröffentlichen. Dabei heißt es: „Cum tu aliquando in inclito studio Lyptzensi non modicam nobis auditoribus. sed superfructuosam. tuis lectionibus. dulcedinem et comoditatem attulisti. Que comoditas. licet per certos annos. tuis langoribus intercepta sit" etc. Also Kuppener hatte begonnen, mit großem Erfolg Vorlesungen zu halten, war dann in dieser Thätigkeit durch mehrjährige Krankheit unterbrochen worden, ergiebt für die Rückkehr nach Leipzig und die Niederlassung daselbst die schon oben näher bezeichnete Zeit. Was es für eine Krankheit war, an der Kuppener litt, darüber haben wir seine eigene Aussage:[54] „Nam ego supradictus Cristoferus maximis peccatis meis iuste exegentibus . . . . Egra membra et gallicum morbum. quem alii mentularem. alii francossicoam vocitant. passus sum. pessimis vlceribus tactus." Dieses offene Bekenntniß ist ein neuer Beweis, wie wenig man damals geneigt war, die syphilitische Krankheit als etwas Schändendes zu betrachten. Vielleicht war Kuppeners Arzt der schon erwähnte D. Simon Pistoris, derselbe, welcher um jene Zeit in einen heftigen Streit über

---

51) Zarncke, a. a. O. p. 551. n. 84. p. 753 n. 7. p. 762 n. 16.
52) Zarncke a. a. O. p. 762.
53) Abgedruckt Auth. habita. AIja.
54) Annotationes AIj.

die Heilung der gallischen Seuche mit D. Martin Pollich von Mellerstadt verwickelt war.[55]

Zu Beginn des Jahres 1506 erblicken wir Kuppener wieder im Verkehr mit Studirenden. Er giebt ihnen der Sitte der Zeit gemäß ein literarisches Neujahrsgeschenk („Encenium," quod „uulgus nouum annum appellat"), worin er ungalanter Weise, aber immerhin nicht ohne Witz, den Studenten mit einem lasttragenden Esel vergleicht.[56] Aus derselben Zeit scheint denn auch jenes Schreiben von Studirenden an Kuppener zu sein, worin sie ihn zur Bearbeitung der Auth. habita anspornen.

Dieses berühmte, im Jahr 1158 zu Gunsten der Rechtsschule in Bologna, ihrer Lehrer und Schüler von Kaiser Friedrich I. erlassene Gesetz galt, da es von den Glossatoren zu einem Bestandtheil des Corpus iuris ciuilis gemacht war, auch in Deutschland als Hauptprivilegium der vom Kaiser bestätigten Hochschulen. Besonders in Leipzig hatte man bei den häufigen Jurisdictionsstreitigkeiten zwischen der Universität und der Stadt Gelegenheit genug, auf die Authentica zu recurriren; es spielte dieselbe in der zweiten Hälfte des sechzehnten Jahrhunderts gewissermaßen eine Rolle.

Im Jahr 1463 hatte der Rath zu Leipzig einen Studenten aufhängen lassen. Darüber entstand heftiger Kampf, und da ähnliche Fälle in Erfurt vorgekommen waren, erholte man sich dort Raths. Natürlich beriefen sich die Erfurter in ihrem Gutachten auf die Auth. habita.[57] Diese wurde in Folge dessen in Leipzig häufig abgeschrieben,[58] man scheint Vorlesungen über sie gehalten zu haben — aus dem Jahre 1480 wird das MS. einer Lectura super Auth.

55) Die Streitschriften aus dem Jahre 1501 sind verzeichnet bei Panzer Annal. VII p. 139 nn. 23—25. Bekanntlich soll dieser Streit Anlaß zur Gründung der Universitäten Wittenberg und Frankfurt a. O. gegeben haben.

56) Das „Encenium" ist abgedruckt Auth. hab. Fiij.

57) Vgl. Zarncke Urkundl. Quell. pp. 535. 726. 728. Feller Cat. p. 326: Consilium Doctorum Vniuersitatis Erfurtensis super priuilegio studentium et Auth. habita.

58) S. z. B. Zarncke Urkundl. Quell. pp. 535. 728.

hab. erwähnt[59] — darauf folgten in den Jahren 1487, 1493 und 1494 Leipziger Drucke der Authentica (wahrscheinlich mit Commentaren)[60] und in dem „Liber Actorum et tractatuum inter Senatum et universitatem," welcher noch jetzt im Universitätsarchiv zu Leipzig vorhanden ist, findet sich ein im November 1501 verfaßtes, Namens der Universität an Herzog Georg gesendetes Rechtsgutachten („informaciones iuris et facti") des berühmten Ordinarius D. Johann Breitenbach, „quod Concordia, super causis criminalibus studentium inter florentissimam universitatem ex una et praeclaram civitatem Liptzensem partibus ex altera inita ac acceptata, sit iuri et aequitati naturali conformis ac ut iusta rationabilis et aequa, omnino seruanda," reichlich mit Citaten aus Gesetzbüchern und juristischen Werken versehen, vorzugsweise aber und fundamental sich auf Friedrichs I. Auth. habita berufend.[61] Endlich wird noch eine handschriftliche Lectura super Imperatoris Friderici authent. habita von Simon de Pistorio erwähnt,[62] vielleicht eine Jugendarbeit des späteren Ordinarius und Kanzlers' D. Simon Pistoris (geb. 1489, † 2. Dec. 1562), eines Sohnes des mehrerwähnten gleichnamigen Mediciners.

Es war also ein zeitgemäßes und praktisches Thema, zu dessen Behandlung der „Studiosorum cetus" unseren Kuppener aufforderte. Dieser, eben genesend,[63] ging an die Arbeit und schloß sein Werk am 28. Dec. 1506 (altera sacratissimi Johannis apostoli et evangelistae[64]). Er widmete dasselbe den Herzogen Georg und Heinrich von Sachsen, seinen „gnädigsten Herren" und schrieb in

---

59) Feller, Cat. p. 85.

60) Verzeichnet bei Panzer, Annal. I. p. 474. Annal. 10. p. 479. Annal. 57. p. 482 n. 83.

61) Zarncke, Urk. Quell. p. 632.

62) Feller, Cat. p. 381.

63) Auth. habit. Aij b: Cum . . . . post longa tempora resipere cepissem etc.

64) Auth. hab. Fij b.

der Dedicationsepistel: „Ich dachte darüber nach, erhabene Fürsten, wie ich aus göttlichem Verhängniß durch lange aber wohlverdiente körperliche Leiden gebeugter Mann nichtsdestoweniger den Rest von Kraft, der mir blieb, im Dienst Ew. hohen Gnaden verwenden möchte, damit ich, der ich mit der That bisher Euch nicht dienstbar sein konnte, doch zeigte, wie ich im Herzen und mit dem Willen keine Stunde aufgehört habe, es zu sein; aber ich fand nichts, als die Interpretation dieser Auth. habita, zu der mich überdem noch die Studenten aufgefordert hatten."[65] Ein besonderes Schreiben an „einen Gönner," den Obermarschall Heinrich v. Schleinitz,[66] fordert diesen auf, das Werk den Herzogen zu überreichen. In der Vorrede (Exordium) ist noch erwähnt, die Publikation geschehe auch deshalb, um dem Leser zu zeigen, daß der halbtodte Kuppener aus Gottes Gnade wenigstens noch lebe.

Das Buch selbst beginnt mit einem Textabdruck der Authentica, umgeben von der Glosse, dann folgt der Commentar, oder vielmehr Apparatus nach der wohlbekannten Manier Italienischer Commentatoren in einzelnen längeren Absätzen, die zunächst positive Behauptungen weiter ausführen (Nota primo . . . . nota ulterius etc.), dazwischen aber die bei Gelegenheit jeder Position entstandenen zweifelhaften Fragen lösen (Dubia und deren resolutio). Jeder Satz wird mit vielen Allegaten von Texten, aus der Glosse und den Scribenten belegt, aller eigentliche Inhalt ist diesen entnommen, auf die deutschen Verhältnisse wird höchst selten ein Seitenblick geworfen, dagegen keine Gelegenheit vorübergelassen, gemächliche Spaziergänge auch nach entfernteren Rechtsgebieten zu unternehmen. Nach Absolvirung einiger allgemeinerer Fragen, wie z. B.: „Können Kaiser und Pabst Gesetze ohne Zustimmung ihrer Rathgeber erlassen?" wird von den Privilegien der Scholaren gehandelt und dabei immer casuistisch verfahren, z. B. der mit Steuerfreiheit

65) Auth. hab. Aij.

66) Obermarschall seit 1497.

privilegirte Scholar bringt in die Stadt Gegenstände, welche einem gewissen N. gehören, um die Besteuerung derselben zu umgehen, fragt sich was Rechtens? Hierauf von den Privilegien der Doctoren, ganz in derselben Weise, wie vorher. Mitunter eine Anecdote, so eine weniger bekannte von Joannes de Lignano, der, als er eines Tages auf einer Hochzeit mit einem etwas schäbigen Rock erschien und deshalb über die Achsel angesehen wurde, sich ein Prachtgewand holen ließ, dieses auf seinen Platz legte und mit den Worten sich entfernte: „Ihr wolltet ein Kleid, Ihr sollt es haben." Die Doctoren werden Legisten, mitunter auch Jureconsulti genannt, sie haben ihren Namen vom Dociren, es giebt sechs Requisite für die Promotion: Peritia docendi, facundia dicendi, subtilitas interpretandi, copia dicendi seu dictorum, morum excellentia, virtus fortitudinis. Die Insignien des Doctorats sind: Cathedra, liber, annullus, birettum, osculum. Dann vom Examen, Beantwortung der Frage: Wer kann Doctoren creiren? Rang der Doctoren u. s. w., dabei überall viele Kuriositäten. Angenehm ist es vielleicht manchem unserer Leser zu hören, daß ein ausgezeichneter Doctor aus öffentlichen Mitteln ein Haus angewiesen erhalten soll, in einer Straße, wo er leicht consultirt werden kann. Frauen dürfen nicht zu „Doctrissen" creirt werden. Ausführlicheres über den Gerichtsstand der Scholaren; dabei die Bemerkung: Heutzutage haben die Studenten den Rector zu ihrem Richter, besonders in Deutschland . . . . und den Rector wählen die Magistri und Doctores, „qui ibi exercent professionem," nicht die Scholaren . . . ., anders in Italien. Die Frage, ob Doctoren, namentlich besoldete und mit Pfründen versehene, Collegienhonorar fordern können („utrum doctor possit exigere collectas") wird im Allgemeinen bejaht. Das Lesen der Doctoren anlangend, so sollen sie immer die Texte allegiren, „wo sie sich auffinden lassen," und nicht die Glossen, aber die letzteren sind nicht zu verachten. Loblied auf die Glossen. Verschiedenes über die Privilegien der Doctoren und Studenten in vermögensrechtlicher Beziehung sowie im Prozeß. Endlich heißt es: „Dicto de scholaribus et doctoribus quo ad singulos

sequitur uidere secundum Baldum quoad uniuersos et de uniuersitate scholarium.“ Nun werden Fragen aufgeworfen, wie: Ist die Corporation der Studirenden anerkannt? Wer ist Richter der Corporation? Wie steht es mit Verträgen zwischen der Universität und der Stadt? u. s. w. Schließlich noch eine allgemeine Abhandlung über die Privilegien (de natura, ui et auctoritate privilegiorum).

Das Werk hat somit auf mäßigem Umfang einen ziemlich reichen Inhalt, der zwar häufig in kleinliche Fragen sich verliert, denen wir heutzutage keinen Geschmack abgewinnen können, aber es ist wohl zu bedenken, daß damals in Deutschland die Universitäten noch etwas verhältnißmäßig Neues waren und daß alles, was uns jetzt schal und theilweise mehr denn frostig vorkommt, eine gewisse Bedeutung für das Leben hatte. Wir können daher der Schrift Kuppeners einen erheblichen Werth für ihre Zeit nicht absprechen. Ihre heutige Bedeutung als historische Quelle dagegen ist eine untergeordnete. Kuppener steht überall auf den Schultern der Italiener, nur selten findet sich eine Bemerkung, die neu ist. Man kann alles, was uns vorgetragen wird, viel besser lesen bei den Italienern selbst, besonders bei einem „Italienischen Doktor“, der damals in Deutschland durch persönliches Erscheinen viel Aufsehens machte und fast gleichzeitig über dasselbe Thema schrieb, bei Petrus Ravennas.[67] Die nämlichen Fragen, meist in gleicher Fassung, werden von ihm behandelt, wie von Kuppener.[68] Aber was dem Werke des Italieners besonderen Reiz verleiht, das Selbstbewußtsein, mit dem er überall seine Person in den Vordergrund stellt und er-

67) Das Werk, welches ich meine, ist: Repetitio C. inter alia de immu. eccle. edita a Clar. v. j. D. Equiteque Petro Ravennate. Lipsiae per Wolfgangum Stoecklin. Anno MDV d. 21. Mens. Sept. fol. Diese von Panzer beschriebene Ausgabe des Buchs von Petrus Ravennas zu sehen, ist mir noch nicht geglückt. Ich benutze eine spätere aus dem Jahre 1507. Vgl. über sie Muther, Polit. und kirchl. Reden aus dem Anfang des 16. Jahrhunderts in den Neuen Preuß. Provinzialblättern 3. F. Bd. V.

68) Wahrscheinlich hat Kuppener die Schrift des Petrus Ravennas benutzt. Doch ist es auch möglich, daß beide nur denselben Quellen folgen.

zählt, was ihm bezüglich dieser oder jener „Quaestio“ vorgekommen, das geht dem die ersten literarischen Schritte wagenden Deutschen gänzlich ab. Man sieht, es ist schwer, sich mit Unbefangenheit zu bewegen, doppelt schwer, wenn man nichtnationales Wesen anzunehmen gezwungen ist. Kuppeners Schrift gehört zu den Erstlingen der romanistisch-juristischen Literatur der Deutschen; hauptsächlich die Widerspenstigkeit des ausländischen Stoffes, die Sprödigkeit der fremdgeborenen Form gegenüber dem fleißigen und talentvollen Autor macht sie für uns interessant.

Kuppener hielt, wie es damals Sitte war, über sein gedrucktes Buch „in scholis iuristarum studii Liptzensis“ öffentlich Vorlesungen. Er vollendete dieselben Dienstags nach Palmarum (30. März) 1507, „dum (Lipsiae) isto tempore lurida pestis grassari cessauerat.“ [69] Unter dem Titel „Elegantissimae annotationes“ etc. (s. oben) ließ er sie drucken und widmete das Buch mittelst eines „Ex Liptzk in vigilia dominicae Iudica“ 1507 (20. März) datirten Schreibens Lucas Watzenroden aus Thorn, Bischof von Ermeland und Nicolaus Crapitz Bischof zu Kulm. Der Autor meldet, daß seine Gesundheit immer noch nicht ganz hergestellt sei, daß er aber völlige Genesung hoffe und für diesen Fall größere und bessere Werke in Aussicht stelle. [70] Die „Anmerkungen“ selbst enthalten außer einigen bereits benutzten persönlichen Notizen kaum etwas von erheblichem Werth: Abschweifungen in mitunter ziemlich entfernte Rechts- und andere Gebiete schließen sich an Aeußerungen des Hauptwerkes an. Ist dort der Ausdruck Lex gebraucht, so folgt hier eine ziemlich ausführliche Darstellung der Lehre von den Gesetzen im Geschmack der damaligen Jurisprudenz, oder an die Erwähnung der fraudatores gabellarum knüpft sich hier eine längere Erörterung über gabella. Das Wort litiscontestatio veranlaßt sogar einen Excurs über Civilprozeß (Sign. Eij), natürlich aber wieder nur über den romanisch-canonistischen, während

---

69) Annotationes G(Va).

70) Annotatt. A(jb).

des Sächsischen, der Kuppener doch aus der täglichen Praxis bekannt genug war, mit keinem Wort gedacht wird.

Beigelegt ist dem Werke eine „kleine Rede zum Lobe der Rechte" (Oratiuncula in laudem iurium) an den Coadjutor der Diöcese Culm N. v. Chanapetzkij und Johann Smollis, beide Plebani zu Marienburg bezw. zu Thorn. An Beispielen aus dem klassischen Alterthum, von welchem Kuppener mehr Kenntniß zeigt, als die Durchschnittsbildung damaliger Zeit verlangte, wird dargethan, daß überall der Nichtachtung der Gesetze die schlimmsten Zustände gefolgt seien. So kurz die Rede ist, so zeigt sie doch, daß Kuppener zu den „Modernen" gehörte, die als Vorläufer der Humanisten betrachtet werden mögen, wenn sie auch noch gar weit von denselben entfernt waren und später mehrfach geradezu als Widersacher derselben auftraten. [71]

Den beiden Werken Kuppeners über die Authentica habita sind ausführliche Register angehängt. Dasjenige zu den Annotationes ist den Brüdern Andreas und Wolfgang Hummelßhayn von Leipzig, Baccalarien der freien Künste und Söhnen des Rathsherrn und Kaufmanns Johann Hummelßhayn des Aelteren, gewidmet. Die Tochter des Letzteren, Margaretha, hatte Kuppener zum Weibe. [72]

Der Titel des Hauptwerkes trägt einige Verse „Ad lectorem" von Sebastianus Miricius (eigentlich: von der Heyde) aus Königsberg in Preußen. [73] Zu Ende befindet sich von demselben ein „Epigramma" auf Kuppener.

Die eben angeführten Umstände geben einigen Anhalt, um ein

---

71) Auch in MS. 34. fol. 227—231 findet sich eine bei Promotion eines gewissen Leonhardus im Jahre 1508 gehaltene Rede, die, dem Styl nach zu urtheilen, Kuppener angehört. Sie zeigt ebenfalls Belesenheit in Römischen Klassikern.

72) Annotatt. S (VIa.) Vom Wucher Fiij b.

73) Sebastianus von der Heyde Regiomontanus Brussus war 1511—18 Mitglied des Collegium minus (Zarncke, Urk. Quell. p. 765) und als artium liberal. magister im Winter 1512 Rector der Universität Leipzig (Zarncke l. l. p. 594).

ohngefähres Bild von den äußeren Verhältnissen, in welchen Kuppener zu Leipzig lebte, uns zu entwerfen. Durch seine wahrscheinlich schon vor dem Wegzug nach Braunschweig abgeschlossene Ehe (s. oben) war er mit einer allem Anscheine nach wohlhabenden und angesehenen Kaufmannsfamilie verschwägert. Die Krankheit, von der er so offen spricht, hatte weder sein Ansehen gemindert, noch das Verhältniß zur Familie seiner Frau gestört. Eine eigentliche Rolle bei der Universität zu spielen, verhinderte ihn seine Krankheit und wohl auch seine Heirath. Doch hören wir die Studenten mit Beifall von seinen Vorlesungen sprechen, und Wimpina, welcher ihn vermuthlich persönlich kannte, lobt seine Beredtsamkeit. Als nähere Freunde Kuppeners erscheinen Landsleute: Sebastian von der Heyde, dann aber und besonders: Stephan Gerdt aus Königsberg,[74] Doctor der Philosophie und des kanonischen Rechtes, welcher von 1495—1514 Mitglied des kleinen Fürstencollegs war,[75] im Winter 1504 das Rektorat bekleidete[76] und auch als Dichter und juristischer Schriftsteller auftrat.[77]

Die Gesundheit Kuppeners scheint sich allmählich gebessert und ihm gestattet zu haben, zu praktischer Beschäftigung zurückzukehren. Unter seinen Papieren findet sich die „Ordnung des Fürstlichenn Obernhoffgerichts Meyner gnedigsten vnnd gnedigen Herren von Sachssen"[78] d. i. die Sächsische Oberhofgerichtsordnung Kurfürst Friedrichs, Herzog Johanns und Herzog Georgs vom Jahre 1495.[79] Ferner zeugen Formulare zu verschiedenen Prozeßschriften

74) Vom Wucher Aij.

75) Zarncke Urk. Quell. p. 765.

76) Zarncke Urk. Quell. p. 593.

77) 1497 gab er ein „Carmen Elegiarum Dicolon Distrophon ..., in libidinis insolentes" etc. heraus. Vgl. Panzer, Annal. I. 488 n. 147 (er führt da den Namen M. Stephanus Gerhardus de Monte Regio). Wimpina (Centur. LV ed. Merzdorff pp. 61. 62) erwähnt von ihm „Commentarios supra arbores consanguinitatis et affinitatis et quaedam alia." Feller (Catalog. p. 427) führt handschriftliche „Quaestiunculae M. Stephani super variis casibus" auf.

78) MS. 34. fol. 137—149.

79) S. Muther Gewissensvertretung p. 112.

(Forma appellandi .... in principum Saxoniae iudicio,[80] Delatio appellationis,[81] Forma appellandi a iudicio Curiae ad principes vel eorum consiliarios,[82] Forma inhibitorialium,[83] Forma Eyner Lewterunge,[84] Forma citationis [aus der Zeit des Kurfürsten Ernst][85]), sowie eine Beschreibung des Appellationsverfahrens vor dem Sächsischen Oberhofgericht (Processus in IIa instantia)[86] davon, daß sich Kuppener mit der Praxis des vielerwähnten Oberhofgerichts vertraut machte; einige Urtheilsformulare endlich (Sententia in causa iniuriarum,[87] in causa expensarum,[88] in causa matrimoniali[89]) deuten darauf hin, daß seine Thätigkeit eine richterliche war. Besonders interessant ist das Protokoll eines Termins in Sachen Nicol. v. Maltiz c/a Pauel v. Luckaw, Injurien betr., abgehalten vor dem Sächsischen Oberhofgericht im Jahr 1509,[90] sowie ein Urtheil des Richters und der Schöffen zu Leipzig in einer Diffamationssache aus dem Jahre 1510 mit lateinischen Entscheidungsgründen, welche auf die Italienische Lehre von der Diffamationsklage sich stützen.[91]

Dabei unterließ es Kuppener nicht, seine literarische Thätigkeit fortzusetzen. Seine Verschwägerung mit Leipziger Kaufleuten, seine Praxis in Braunschweig, seine eigene Betheiligung an der Societas stanni mochte ein besonderes Interesse für die Geschäfte des Handelsverkehrs bei ihm geweckt haben: er kam auf die Idee, über sie ein Buch zu schreiben.

---

80) MS. 34. fol. 186.
81) MS. 34. fol. 186b.
82) MS. 34. fol. 187b.
83) MS. 34. fol. 188a.
84) MS. 34. fol. 188b.
85) MS. 34. fol. 188b.
86) MS. 34. fol. 187.
87) MS. 34. fol. 243b. Abgedruckt bei Muther, Gewissensvertretung S.
88) MS. 34. fol. 243b.
89) MS. 34. fol. 243b.
90) MS. 34. fol. 254—259.
91) MS. 34. fol. 253.

Nun waren es aber jener Zeit eigenthümliche religiöse und rechtliche Gesichtspunkte, aus denen man die gewaltige Entwickelung des Verkehrs, besonders des Handels, betrachtete.

Die Erfindungen und Entdeckungen des funfzehnten und angehenden sechszehnten Jahrhunderts hatten eine nicht minder großartige Umgestaltung des äußeren Lebens hervorgebracht, wie in unseren Tagen Eisenbahnen und Telegraphen. Dabei erlitt merkwürdigerweise das innere Leben der Einzelnen so gut wie keine Veränderung; wenigstens die Gesetze desselben, welche frühere Zeiten aufgestellt hatten, blieben vorläufig die nämlichen. Daraus entstanden die schneidenden Contraste, welche uns heutzutage so befremdend erscheinen. Erst die Reformation hat einen geistigen Durchbruch gebracht, der aber, so gemäßigt er war, jahrhundertlange Erschlaffung nach sich zog.

Im Jahre 1508 war der lebhafte Handelsverkehr, den die größeren deutschen Städte mit dem Ausland unterhielten, nichts Neues mehr. In Nürnberg, Augsburg, Frankfurt, Lübeck, Leipzig und anderwärts befanden sich Factoreien Italienischer Häuser; deutsche Kaufleute durchzogen nicht bloß Italien, durch ganz Europa hatten sie sich verbreitet, überall konnte man Bevollmächtigte ihrer großen Firmen antreffen. Dabei war man aber in der moralischen Würdigung und rechtlichen Beurtheilung des Handels noch nicht weiter gekommen, als daß man sich fragte: Fällt das und das Geschäft unter die kanonischen Verbote des Wuchers? Doch übte diese mattherzige Anschauung keinen wesentlich beengenden Einfluß: ohne viel Bedenken wurde in praxi das ausgeführt, was die Theorie als Todsünde betrachtete.

Hieraus erklärt es sich, daß man die besten Nachrichten über die Handelsgeschäfte des 15. Jahrhunderts bei den Summisten findet, d. h. den Verfassern der Summae confessorum de casibus conscientiae.[92] Die Beichtväter werden instruirt, in wie weit aller-

92) Ueber einen der berühmtesten, Johann v. Freyburg, s. Stobbe, Rechtsquellen I. S. 635.

hand Vorkommnisse des Lebens als sündlich zu betrachten seien; namentlich wird häufig untersucht, ob in dem oder jenem Geschäft versteckter Wucher liege. Unter Wucher aber verstand man nicht bloß alles Zinsennehmen, von welchem man gestützt auf den Spruch: Mutuum date nihil inde sperantes (Luc. VI) lehrte, daß es wider das ius diuinum streite, sondern jede aus Habgier hervorgegangene geschäftliche Uebervortheilung der Nebenmenschen. Somit hatten die Summisten Veranlassung genug, in ihre alphabetischen Lasterverzeichnisse alle möglichen Handelsgeschäfte aufzunehmen. Aber auch die Canonisten sprechen von letzteren, insonderheit vom Wechselgeschäft (Cambium), unter den Titeln de usuris.[93] Noch mehr: einzelne Summisten und Canonisten haben im Lauf des 15. Jahrhunderts besondere Monographien (Tractate) de usuris et contractibus mercatorum geschrieben. Alle hierher gehörigen Erscheinungen in ihrem Zusammenhange mit der Summistenliteratur aufzuführen, möchte zu weit führen; ich erwähne daher nur: Franciscus de Platea, Opus de restitutionibus usurarum et excommunicationibus;[94] Johannes Nider, Tractatus de contractibus mercatorum;[95] Conradus Summerhart de Claw, Septipartitum opus de contractibus pro foro conscientiae;[96] Johannes Lector (Jean Le Liseur), La Regle des Marchands[97] u. s. w. Vorzugsweise in Leipzig scheinen seit Mitte des 15. Jahrhunderts die in Rede stehenden Materien zu Lieblingsthematen für die Juristen geworden zu sein. Den Anstoß dazu hat jedenfalls die merkwürdige Erscheinung des Italienischen Franziscaners Johann von Capistrano, I. V. D., gegeben. An-

---

93) Einzelne Notizen bei C. de Kaltenborn, De cambiis Statuta Hamburgensia etc. Regiomont. 1862. p. 15.

94) Oefter gedruckt. S. Panzer Ann. I. p. 278 n. 23. III. p. 25 n. 35.

95) Findet sich öfter in HSS. (so in Erlangen, vgl. Irmischer, Handschriftencatalog S. 213) und gedruckten Ausgaben (Panzer, Ann. I. p. 339 n. 464. p. 348 n. 529. p. 381 n. 9. p. 519 n. 69).

96) Mehrfach gedruckt (1497 u. 1500): Panzer, I. p. 449 n. 19. p. 453 n. 42.

97) Gedruckt 1496. Vgl. Panzer, Ann. II. p. 390.

fangs der fünfziger Jahre des 15. Jahrhunderts war er nach Deutschland gekommen und zog, zu gottseligem Leben mahnend, von Stadt zu Stadt. Seine Rede war lateinisch, wurde aber von einem neben ihm stehenden Doctor dem stundenlang lauschenden Volk verdeutscht. In Leipzig machte er, wie ich aus einem im hiesigen Kgl. geh. Archiv befindlichen Brief des Studenten Stephan Naumann (nowmañ) entnehme, den tiefsten Eindruck. Magister und Studenten brachte er durch sein Wort vom Laster ab und führte sie zur Tugend, gegen 70 Männer nahmen durch ihn bewogen das Gewand seines Ordens; seine Vorträge verstand er dem Ort, der Zeit, den Personen anzupassen und meisterlich mit Citaten aus der heil. Schrift zu begründen; bald rief er zur Buße, an die Kürze des Lebens mahnend, bald forderte er auf, der ewigen Herrlichkeit nachzustreben, indem er die Nichtigkeit alles irdischen Wesens darlegte, bald drohte er mit den ewigen Strafen. Eingehend aber handelte er von unerlaubten Contracten, Zinsen und Wucher (de contractibus illicitis, censibus [sc. usurariorum] et usuris). Ueber diese Materien gab er in Leipzig einige Bücher heraus, die Stephan Naumann nach Preußen zu senden verspricht. Handschriftlich sind dieselben noch vorhanden. Feller erwähnt von Johann de Capistrano Tractatus de usuris, [98] sowie De usuris et contractibus, [99] ebenso bewahrt die Bibliothek in Erlangen von ihm den Tractatus de usuris. [100] Sicher sind nun die vielen Tractatus de contractibus, de contractibus emptionis venditionis, de usuris etc., welche in Leipziger Codices sich vorfinden, [101] Erzeugnisse einer durch Johann von Capistrano hervorgerufenen canonistisch-moralisirenden Richtung.

Kuppeners Werk über den Wucher stellt sich gewissermaßen als Schlußstein der eben skizzirten Literatur dar und ist schon in dieser

98) Catal. p. 203 u. 317.

99) Catal. p. 230.

100) Cod. Erl. N. 808. fol. 272—334. Vgl. Irmischer, Handschriftencatalog S. 213.

101) Vgl. Feller Catal. pp. 141—232. 385. 420 u. anderwärts.

Beziehung von Wichtigkeit. Ein bei weitem höheres Interesse bietet es aber dadurch, daß es gleichzeitig in lateinischer und deutscher Bearbeitung erschien, und da ist es denn wunderbar, wie das, was im lateinischen Consilienton der Commentatoren vorgetragen schal und abgeschmackt klingt, an Leben, Anschaulichkeit und Gedankenfrische gewinnt, wenn wir es in den nicht gerade gelenkigen, aber naiven und keineswegs unschönen Wendungen vernehmen, welche unsere Muttersprache zu Anfang des sechszehnten Jahrhunderts liebte. Kuppeners deutsches Buch vom Wucher ist eine der ältesten Erscheinungen romanistischer Jurisprudenz in deutscher Sprache und verdient schon deshalb näher betrachtet zu werden.

Wie Kuppener durch seine Lebensumstände und seine Praxis auf das Thema, welches er behandelt, geführt wurde, ist bereits dargethan. Hier werde noch nachgetragen, daß er erzählt,[102] er habe sein Werk vollendet auf Bitte: „der christlichē Beichtueter des heiligē ordēs der prediger Bruder. vñ des hochgelerten vñ achtbarē hern Steffani Gerdt vō Konigeßberg. in freien kunstē. vnd geistlichē rechtē Doctor vñ Collegiat czu Leiptzk. die yn solliche ratslege. vmb mācherlei sachē vnd sellē. die sich in der beichte begebē. vnd auch vmb bete willē. nāhafftiger erbar kauffleute. die irer selē seligkeit vor alle czeitliche werntliche gutter seliglichē betracht habē. czu machē vleissig ersucht vñ gebetē habē.“ Gewidmet sind beide Ausgaben den Vettern Ernst Herzog zu Sachsen, Erzbischof zu Magdeburg, und Friedrich Herzog zu Sachsen, Hochmeister des deutschen Ordens in Preußen. Beendet sind dieselben am 12. Juli 1508, gedruckt durch Melchior Lotter. Die deutsche Ausgabe enthält manche werthvolle persönliche Notizen, welche in der lateinischen fehlen, dagegen finden sich auf dem Titelblatt der lateinischen einige Hexameter „Ad lectorem“ von Steffan Gerdt, welche der deutschen Ausgabe abgehen. Sonst stellt sich die letztere nicht gerade als wörtliche Uebersetzung der ersteren, wohl aber als deutsche, den Inhalt des lateinischen Originals Schritt für Schritt wiedergebende

102) De usuris Aij. Vom Wucher Aij.

Bearbeitung dar. Wir gehen in dem Folgenden überall der deutschen Ausgabe nach.

Kuppener verfährt auch hier durchaus casuistisch. Der erste Fall, welcher gesetzt wird, ist: Ein Kaufmann will aus Leipzig, um seinen Handel zu treiben, nach Frankfurt oder Venedig gehen; er giebt deshalb zu Leipzig in der Ostermesse einem Anderen 100 Gulden Rheinisch oder Ungarisch in guter ganghaftiger Münze (à 21 gr.), damit dieser ihm auf Bartholomäi oder Michaelis zu Frankfurt, oder zu Venedig, oder zu Nürnberg wieder gebe 100 Gulden an gutem Golde: „Und machet also einer mit dem andern ein solchen contract. Das der . der ein halb iar czuuor seine hūdert guldē ausgegebē hat . an muntze . vorhofft an den hundert guldē die ym czu frankfurt an guttem golde widderumb gegeben vnd betzalet werden eine besserunge der würde des goldes, entzweder einer inwenniger ader auswenniger besserūge.“ [103] Frage: Ist dieser Contract wucherisch? Antwort: Ja. Nun aber, heißt es weiter, möchte ein Kaufmann sprechen: Es ist ja kein Darlehnscontract, der vorliegt, sondern ich habe das Geld „in einem andern cōtract als auf wechsell ausgetan“ (in der lateinischen Ausgabe: non dedi mutuo . sed sub specie alterius contractus [vulgariter auff eyn wechsel gegeben]), darum kann und mag das nicht Wucher sein, wenn ich hoffe zu Frankfurt rc. anstatt Münze Gold zu bekommen und an Gold einen Gewinn zu machen, denn Wucher kommt allein beim Darlehn vor. Darauf wird geantwortet: der gefährlichste Wucher für das Seelenheil ist der, „dem mā ein farb anstreicht . durch einen andern contract“ z. B. einen Kaufcontract oder andern Namens „als wechsels vñ dergleichen;“ Hostiensis (Nicolaus Tudeschis) sagt: Die weil du mit deinem eben mēschē betriglich hādelst . vnd bist in einen boßen willē vñ hoffenūg etwas czu nemē an besserūg vnd vbergoben . aus gelihen ader ausgetanē gelt vñ geldes wert . in solchem falle . wie er obē gesatz ist. So ist es alczeit wucher.“ Darauf, fährt Kuppener fort, möchte abermals ein Kaufmann spre-

103) Vom Wucher Aij.

chen: Ich habe oft und viele Jahre Wechsel mit meinem Geld von Leipzig auf eine bestimmte Zeit nach Frankfurt gemacht und habe zu Leipzig Münze gegeben und zu Frankfurt dafür gutes Gold empfangen. Aber ich kann wirklich nicht sagen, ob ich das gethan habe in Hoffnung eines Gewinns an dem Gold zu Frankfurt, oder nicht. Antwort: Einerlei, man muß den sicheren Weg gehen und alles vermeiden, was Wucher sein könnte.

Schon aus dem bisher Mitgetheilten ergiebt sich, daß Kuppeners Buch durch seine Auslassungen über die damals vorkommenden Handelsgeschäfte noch heute Werth hat, daß aber die rechtliche Auffassung unter dem Gesichtspunkt des Wuchers uns ziemlich kalt läßt. Deshalb will ich den letzteren so viel als möglich außer Acht lassen und nur Einiges aus dem reichen thatsächlichen Material, welches uns geboten wird, ausziehen.

Der beschriebene Wechselcontract geschieht täglich in vielen Landen und ist gemein unter den Kaufleuten und geschehen solche Contracte von einem Markt zu dem andern täglich von vielen Kaufleuten.[104] Es ist längst eine gemeine Gewohnheit gewesen, viele Jahre unter den Kaufleuten und Händlern hergebracht, daß man in Landen und Städten solche Wechsel gemacht hat.[105] Der Kaufmann oder Händler führt zu seinen Gunsten an, er müsse beim Ausgeben seines Geldes auf Wechsel große Gefahr ausstehen: „das der, dem (er) sein gelt also auff wechsel thue . moge auffstehē vn̄ wegklauffen oder vorbrennen.“[106]

Nach Beendigung der Materie vom wucherischen Wechsel folgt eine längere Ausführung über die Frage, was ist Wucher und wie ist er in Rechten bedroht? zugleich mit Widerlegung „etzliche(r) lipliche(r) argumēt vn̄ vrsachen . Do durch die christglaubigē frōmen menschē mochtē vō yemants angefochtē werden . der meinūge . das wucher vn̄ wucherische hēdele . nicht sunde sein sollten.“[107] Dieser

104) Vom Wucher Aiij.
105) Vom Wucher Aiij b.
106) Vom Wucher Aiij b.
107) Vom Wucher Aiiij bis B(V b).

Abschnitt enthält die hinlänglich bekannte mittelalterliche Lehre vom Wucher, nur gegen Ende ist interessant die aus Hostiensis entnommene Bemerkung, offenbare Wucherer seien die, welche öffentlich einen wucherischen Tisch, Bank oder Laden hielten, wo sie stets Geld auf Wucher ausliehen, „als dy iuden thun in welschen landē . auch in vil landē leider die cristen."

Nun werden die Fälle aufgezählt, in denen das Recht ein mäßiges Zinsennehmen gestattet,[108] darunter: Verkauf „liegender oder stehender" Güter auf Wiederkauf, sowie Rentenkauf, Kauf auf Kredit mit bestimmter Zahlungsfrist, Darlehn von Kaufleuten, Händlern und „Wandlern" auf bestimmte Zeit, wenn nicht rechtzeitige Zahlung erfolgt. Dann der Fall: So einer czu mir qweme . vnd bete mich im gelt czu leyhen . vnd ich spreche . ich wil dir gerne mein gelt leihen, ich habe es aber nicht alhyr czu Leipzk . besunder czu torgaw . vnnd ich muste vmb solch gelt einen eygen boten schicken . gen Torgaw . auff schwere unkost vnd fare . Do mit ich solch gelt . alhyr gen Leipzk brechte. Sagē dy heiligē rechte . das einer in dem falle . wol magk nemē . fur seyne gethane muhe . vleys . vñ arbeit . ein aufgelt u. s. w.[109] Besonders wichtig aber ist der Fall des nichtwucherischen Wechsels. Die Ausführung hierüber ist es gerade, welche mit dem obenerwähnten Consilium Kuppeners aus dem Jahre 1494 fast wörtlich übereinstimmt. Es heißt:[110]

„Nun sal mā furder vormerckē. Ab auch der offenbar handel . vñ dy cōtract der wechseler . die in landē vñ stetē . mit gelde . den wechsel offentlichē haltē. Also das sie hier czu leipzk nemē hūdert guldē an mūtze . ader an golde . vñ funff fl. Rl. aufgelt . vñ geen bader lassen geben einē widerumb hundert guldē . gute ganghafftige gulden an golde . czu venedig ader czu rome. Ab solche wechsele vnd handele auch gotlichen sein" u. s. w. Antwort: Diese

108) Ibid. B(Vb). — Ciiij.
109) Ibid. Cij.
110) Ibid. Ciijb.

Wechsel sind erlaubt, sobald sie „nicht vbertreten dy gemeine wirde. vñ die gemeine gewōheit aufsgelt czu gebē. vñ czu nemen auff solchē wechsel .... dañ solch aufgelt. ist nicht wucher. besunder gelt der fare. vnd benimpt dem mēschē die fare. Das im ein solch gelt. vnter wegen nicht genōmen magk werdē" ..... Hierauf weitere Betrachtung über Wechsel, die „im rechte czimlich sein." Ich unterlasse es, daraus einen Auszug zu machen, denn es will mir passend scheinen, gerade an dieser Stelle eine nähere Beschreibung des Wechselgeschäfts der damaligen Zeit einzuschalten, welche sich in dem Consilium von 1494 findet.

.... Quidam ... pro ſuis negotijs opus habet diſponere Nurenbergie franckofordie vel alibi centum florenos Rhenenses plures aut pauciores, quam ſummam propter diſcrimen ac periculum viarum et predonum, formidat transmittere ſiue ſecum perducere, Et ne causa Infortunij aut praedonum aut furum huiusmodi pecunias amittat, Accedit quendam mercatorem lubeck habitantem, qui Rome padue Venetijs Nurenberge ffranckfordie aut alibi ſuum habet correſponſalem, tradens eidem mercatori In ciuitate lubeck ducentas et duodecim mrc. lubitzeñ. cum dimidia, que faciunt centum ducat. et ſex cum quartali vnius ducati, Vel alius tradit eidem mercatori centum fl. R. et quatuor tali pacto et intentione ut ipſe mercator ſuo periculo et damno tranſſcribere et diſponere debeat apud ſuum reſponſalem Rome padue venetijs uel alibi centum ducat. que valent lubeck ducent. mrcl. lubecktzeñ. Vel Nurenbergie franckenfordie pro prefatis centum et quatuor fl. R. centum dumtaxat fl. Renen., eo pacto ut ibidem abſque omni periculo, protractione ſiue quocunque alio impedimento visis literis huiusmodi pecuniam recipere et inpromtu habere poterit (?). Et ſi In solutione et huiusmodi pecunie traditione In loco deputato mora aut protractio presentatis literis fiet, quodcunque damnum ex hoc creditor pecuniarum incurret aut patitur, ipſe a mercatore qui pecuniam Lubeck recepit ac transemit recuperare ac repetere

prout pactum est intendet. Quaeritur quid Juris utrum Iste mercator vel bancharius lubeck huiusmodi negotio vel bancko vtens et intendens In recipiendo, tranſemendo ac tranſſcribendo huiusmodi pecunias ſuo periculo labore damno et expenſis, prefatas duodecim mrchas lubigen̄ . cum dimidia, aut quatuor fl. R. bona conſcientia abſque contractu vſurario et ſancte apoſtolice ſedis dispenſatione, licite recipere et obtinere possit.[111]

Dieſe Darſtellung iſt in das Werk De usuris nicht aufgenommen, dagegen, ihrem weſentlichen Inhalt nach, die in dem Conſil folgende Ausführung über Wucher im Allgemeinen, ſowie, faſt wörtlich, der auf Baldus, Salicetus, Laurentius de Rodulpho geſtützte Beweis, quod „talia cambia sunt licita.“ [112]

Es mag das genügen, um darzuthun, wie Kuppener in der That von dem eigentlichen Cambium ſpricht, woraus ſich denn ergiebt, daß daſſelbe ſchon zu Ende des 15. und Anfang des 16. Jahrhunderts ein auch in Deutſchland viel angewendetes Geſchäft war.[113]

Doch zurück zur deutſchen Bearbeitung des Werkes vom Wucher. Auf die Lehre vom Wechſel folgt die Frage: Wenn bei einer Handelsſocietät zwei das Geld legen, der dritte thut die Arbeit „mit Handeln und Wandeln“, der Gewinn aber wird zu gleichen Theilen vertheilt, iſt ſolcher Contract wucheriſch? Antwort: Nein. Hierauf eine Reihe dem Handels- und anderen Verkehr jener Zeit entnommener Fälle, bei denen der Zweifel, ob ſie wucheriſch ſeien oder nicht, gelöſt wird.[114]

---

111) Aus MS. 34. fol. 93—95.

112) De usuris A(vjb) 59. Vom Wucher Eiijb.

113) Wer noch zweifeln ſollte, der vgl. etwa auch das von Henning Göde mitunterſchriebene Consilium Johanns v. Breitenbach (1484—1508 Ordinarius zu Leipzig) in: Consilia . . . . Henningi Goden . . . per D. Melchiorem Kling . . . distributa etc. Viteberg. 1544. fol. CCLb. Consil. XII. (in ordine LXXXIX) „De cambsoribus et mensarijs.“

114) Vom Wucher E (vja) Djb.

Kuppener geht nunmehr darauf über, zu zeigen, wie der Wucher sich vermeiden lasse. Als Hauptmittel empfiehlt er die Einrichtung eines „mons pietatis" („Bergk der mildigkeit") d. h. eines durch Beiträge von wohlhabenden Personen gegründeten Leihhauses. Wir übergehen die Ausführungen über dieses historisch wichtige, damals besonders in Italien cultivirte Institut [115] und wenden uns zu dem folgenden Abschnitt, der die Ueberschrift trägt: „Hie hebet sich nun ann die materia der kauffmanschatz vn̄ aller guter vn̄ boßer hādlūge auff diser werlt", was näher dahin bestimmt wird: „Nu wil ich schreibē . vō kaufmāschatzē . welche recht ader vnrecht sein . czimlich ader vnczimlich . gotlich ader teufelisch . Da mit sich abermals ein itzlicher hēdler . gegē got dem almechtigē . mit seiner armē selē . vn̄ auch gegē got vn̄ den menschē . mit reynigkeit seiner gewissen . vn̄ consciencīē . wisse czu halten." Inhalt: Ist Kaufmannschaft rechtlich überhaupt zulässig und kann sie geübt werden ohne Beschwerung der Gewissen? Welches ist die rechte, Gott und der Welt gefällige Kaufmannschaft? Welches ist unziemliche und ungöttliche Kaufmannschaft? Unter die letztere gehört z. B. Handel mit Schminke (smincke vn̄ ander farbe do mit sich die weiber sminckē), nicht aber der Handel mit „tewerbar czirheit frawē ader weiber die do geschiet ane anmolūge vn̄ anstreichūge einer vnnaturlichē farbe," insofern dieser Putz oder Schmuck von Frauen angelegt wird, damit sie „meer vn̄ meer . iren elichē mannē . mogen beheglichē werden. So aber frawē ader weipliche bilde . czirūge ader geschmucke . an sich legē . vn̄ thuns dorūb . das sie anderē mēschē . ire augē begirlich vn̄ mit fleischlicher wollust . erweckē vn̄ czu sich cziehē wollē . die selbigē als offt . als sie es thū . so sundigen sie todlichē." —

Wer heißt im Recht eigentlich Kaufmann? Derjenige, der „aus teglicher gewōheit czuuorkauffen vn̄ kauffen gewont ist;" wo eine „matricula" der Kaufleute gehalten wird, derjenige, welcher in diese eingeschrieben ist. Es ist wichtig, dies zu wissen, da die Handelsstreitigkeiten „nicht mit der scherffe der recht . . . . besunder

115) Ibid. Dj b. bis D(V b).

(sondern) durch gleichmeſige billigkeit .... vñ der wahrheit gemeß nach gelegēheit der sachē . rechtlichē" entschieden werden sollen. Ueberhaupt gelten, wie schon Bartolus sagt, im Geschäftsverkehr der Kaufleute bloße schlechte Worte und Verträge „ane irgēnt keine herligkeitē . vñ becleidūg . ader forme der rechte . et sic nudo pacto." „Dā es ist ein grosser schande . vñ vnerlichē . czu fotderst vnter kaufleutē . den gesagte zu glaubē . czu fallirē vñ nicht czu haltē." — — Kaufleute können unter sich selbst Statuten errichten ohne Bestätigung eines Oberen, auch ohne Bestätigung eines „weichbildē rechts;" doch dürfen sie dabei nicht dem gemeinen Nutzen entgegen handeln.

Kann man einen Kaufmann zwingen zu verkaufen? Kann man ihm verbieten käufliche Güter zu verkaufen?

„Nun vormerckt auch . das etzliche betrigliche kaufleute . sein in kurczē iaren in ein boße furnemē gekomē . vñ alſo wen sie iren glaubigern . eine mergkliche summe geldes schuldig wordē sein . so werden sie eyßern . ader faren gen straßburgk . vñ entlauffen (vñ das heist mā nun czurczeit auffgestandē) vñ erwerbē dan priuilegia ader rescripte vō fursten vñ steten . Das mā solche czu etzlichen iarē nicht manen . nach rechtlichē anfurdern kan . nach magk." Geschehen solche Fallissements in Folge von Unglück, so läßt sich nichts dagegen sagen; liegt ihnen aber eine betrügerische Absicht zu Grunde, so mag man solche Kaufleute billiger „Laufleute" heißen und sie als Betrüger behandeln.

Beweis in Handelssachen ist „gelinder und leichter," als in anderen Prozessen Namentlich „sal man besehē der kaufleute register . vñ czu hilffe irer beweisunge nemē."

Wer sein Geld auf Gewinn oder Verlust in einen Handel oder Kaufmannschaft legt, mag dasselbe vor Ablauf eines Jahres nicht wieder herausverlangen, noch Rechnung fordern.

Manche Kaufleute sollten nicht geduldet werden, z. B. „die reichē kaufleute . ader reichen geselſchaffter eines hādels . Die do habē gros gelt vñ gut . vñ habē ire diner czu venedig . in reußen vñ in preußen . vñ wen sie erfarn . das ein ware auffsteiget . aber

tewerbar wirt. Es sei an saffran . pfeffer . getreide ader an anderer ware . So kauffen sie vber haupt solche ware czu yn auf . Das sie furder solche ware den andern verkauffen mogē . nach alle irem gefalle."

Haftung der „geselschaffter" einer Handelssocietät. — Beweiskraft der Handelsbücher und überhaupt der im Handelsverkehr vorkommenden Urkunden . — Lex commissoria und Anderes.

Zum Beschluß sechszehn Regeln für Kaufleute, wie sie sich vor unrechter und unziemlicher Kaufmannschaft hüten können und mögen, Gott und der Jungfrau Maria zu Ehren, zum Trost aller frommen, christgläubigen Kaufleute „vñ sunderlichē czu eren den erbarn vñ vorsichtigē hern Hanßen Hümelßhayn dem eltern meinem sweher . vñ Andreßen Matstet meinē swager . beide Rats hern czu Leipzk."[116] Diese Regeln gehen darauf hinaus, wie der Kaufmann sein gutes Gewissen sich wahren möge dadurch, daß er nichts thut „kegē vñ wider die liebe . seines neheſtē." Die sechszehnte und letzte Regel betrifft wieder die „wechssler des geldes . aus einē lant in daz andere." Dann heißt es: do mit sollē ein ende habē czu deutsch . dise cōsilia vñ ratschlege . . . . Bittet got den almechtigē . fur den . der solche obgenāte ratschlege durch dy gnade gots gemacht hat . mit einem innigen vater vnser vñ aue maria . . . .

Es war fast bloß dieser Schluß, welcher die Erinnerung an Kuppeners Werk bis in neuere Zeiten wach erhielt. J. W. Blaufuß[117] sagt, es sei von Interesse zu bemerken, daß schon vor Luther die Form „Vater unser" gebräuchlich gewesen. Uebrigens hatte er das seltene Buch einem Rechtskundigen vorgelegt, der sich sehr günstig darüber aussprach und den Wunsch äußerte, es möge ein neuer Abdruck desselben veranstaltet werden. Wir können uns dem nur anschließen und an liberale Buchhändler die Bitte richten, eine würdige Ausgabe von Kuppeners Werken über den Wucher,

116) Vom Wucher Fiij b. bis F(vj a.)

117) Vermischte Beiträge zur Kenntniß seltener Bücher. Jena 1753. I. SS. 74 ff.

denen Einiges aus den handschriftlichen Consilien des Autors beigefügt werden müßte, zu veranstalten.

Wohl mag Jemand fragen, wie kommt es, daß man gerade Bücher so bedeutenden Inhalts vergaß, während man doch bloße Titelverzeichnisse des Corpus iuris und Aehnliches aus jener Zeit noch kennt und oftmals erwähnt? Die Antwort ist leicht: einmal galt damals die Italienische Jurisprudenz so viel, daß man deutsche Schriftsteller bis gegen das Ende des Jahrhunderts ignorirte, dann aber kamen über den Hauptgegenstand der Arbeiten, den Wucher, bald ganz andere Ideen in Umschwung, so daß sie praktisch nicht zu brauchen waren.

Von dem Leben Kuppeners weiß ich nur noch Weniges zu berichten. Im Jahr 1508 „nach Absterben (seines) ehelichen Gemahls, der (er) die Helffte seiner Gütter, so sie ihn überlebt hätte, erblichen zu haben ausgemacht hatte", traf er letztwillige Dispositionen, welche unter der Bezeichnung „Testament" noch vorhanden sind.[118] Er stiftete Stipendien für zwei Studirende (einen Theologen und einen Juristen), ein Stipendium für Ausstattung einer Jungfrau bei ihrer Verehelichung; Legate erhielten das „neue Hospital" zu Löbau in Preußen, die Pfarrkirche und die Schule daselbst. Hausrath und Kleider vermachte Kuppener seiner Schwester Veronica(?), deren Bruder Mathis und dem Collegium principis. Ein geistliches Lehen, „zu Löbau in der Pfarrkirchen, da meine Eltern liegen, meß zu halten," wurde bewidmet; die Bücher bekamen theils die Barfüßer zu Löbau, theils die Kinder seiner Schwester, theils die Librey der Pfarrkirche zu Löbau.

Das Vermögen Kuppeners, das er, wie es in einer späteren

---

118) Der Text der Urkunde weist, wie mir Dietzel mittheilt, wörtlich auf 1508, das Datum ist aber „den achten Tag nach Pfingsten sub XX Julio zu Leipzig 1509." Nach einer andern Mittheilung (von Kreisrichter Löffler zu Löbau) ist in Löbau eine Abschrift mit dem Datum 22. Juli 1509. — Diese Angaben sind sehr verdächtig, denn im Jahr 1509 fiel Trinitatis auf den 3. Juni, im Jahr 1508 auf den 18. Juni. Wahrscheinlich ist daher das „sub XX (resp. XXII) Julio" Zusatz eines späteren Abschreibers.

Urkunde heißt, „mit seinen Studien und sawern Arbeit" verdient hatte, bestand aus den schon oben erwähnten bei den Städten Rochlitz und Mitweida, sowie bei D. Simon Pistoris angelegten Kapitalien, ferner einem Kapital von 100 Gulden, das an Martin Hermann, Bürger zu Leipzig, ausgeliehen war, einer Baarschaft von 1000 Gulden, Silbergeschirr, Scharlach-Rock und andern Kleidern, Hausgeräthe, „Küchenthum," Schüsseln und Kannen, Büchern, unter denen auch das Compendium iuris Petri Ravennatis genannt wird.[119]

Im Jahr 1509 wurde Kuppener in das kleine (schlecht dotirte) Fürstencolleg aufgenommen.[120] Er erschien am 24. August jenes Jahres in der Versammlung seiner Mitcollegiaten und stiftete Jahreszeiten für sich und seine Familie. 137 Goldgulden wurden dem Collegium minus übergeben mit der Bestimmung, daß „pro memoria seruanda" auf ewige Zeiten hinaus alljährlich am Sonntag nach St. Christoph in der Nicolaikirche zu Leipzig Seelenmessen für Kuppener und seine Gattin sowie für deren Vorfahren gelesen und außerdem jeden Sonntag nach der Predigt Gebete für die Seelen Kuppeners und seiner Frau gesprochen werden sollten. Das Protokoll über diesen Act ist unter dem 25. Juli (die Jacobi Apostoli) 1511 ausgefertigt.[121]

Am 28. October 1509 traf Kuppener noch einige Abänderungen seiner letztwilligen Disposition, welche dabei als „donatio inter vivos" bezeichnet wird. Die darüber aufgenommene Urkunde findet sich öfter als „Cuppeneri triplex donatio" erwähnt.[122]

Im Wintersemester 1510/11 bekleidete Kuppener das Universitätsamt eines Vicekanzlers.[123] Er übertrug aber seine Vertretung

---

119) Dies alles nach Auszügen, die mir Dietzel aus dem „Testament" Kuppeners mitgetheilt hat.

120) Briefliche Mittheilung von Zarncke. Vgl. dessen Urk. Quell. p. 764.

121) Zarncke Statutenbücher p. 249. Urk. Quellen pp. 758. 782.

122) Mittheilung von Dietzel. Vgl. Zarncke Urk. Quell. p. 753. n. 9 cf. nn. 6—8. pp. 758. 762.

123) Zarncke, Urk. Quell. p. 812.

bei Promotionen der Artistenfacultät auf Andreas Hundt aus Magdeburg, der im Sommer 1511 Dekan jener Facultät wurde, zugleich aber als iuris studiosus bezeichnet wird. Zarncke meint, Kuppener habe als Jurist bei den Artisten nicht selbst den Vorsitz führen können und deshalb sei die Stellvertretung nothwendig geworden. Mir scheint dabei nur das bedenklich, daß Kuppener auch Magister artium war und der Ausdruck „uices suas comisit“ etc. darauf hindeutet, als ob er von freien Stücken sich einen Vertreter erwählt habe. Vielleicht verhinderte ihn körperliche Schwäche an der beständigen persönlichen Ausübung seines Amtes. Bei Promotionen der Juristenfacultät scheint er als Vicekanzler selbst fungirt und die licentia, den Grad zu nehmen, an Stelle des Kanzlers (des Bischofs zu Merseburg) ertheilt zu haben. Wenigstens findet sich in seinen Collectaneen eine, wie ich vermuthe, von Stephan Gerdt bei Promotion eines Doctor iuris canonici gehaltene Rede,[124] worin der Vicekanzler Christophorus, doctor eximius und eques Romanus, Landsmann des Promotors, angegangen wird, seines Amtes zu warten und dem Doctoranden Lucas die licentia zu geben.

Wahrscheinlich war Kuppeners böse Krankheit mit erneuter Kraft wieder ausgebrochen. Auf den letzten Blättern seiner Collectaneen finden sich eine Reihe von Gesundheitsregeln und Recepten.[125] Todesgedanken füllten seine Seele. Auf die innere Seite der hinteren Holzschale seiner um jene Zeit gebundenen Papiere schrieb er folgende Verse:

Item Waß hilfft große Ere, reichtum, argclist
  Szo vnser lebñ keyn stunde zucher (sicher) ist.
Allexander wejẑ reich vnde mechtig sye
  Er starb zuletzst got weiß wol wie.
    historia Diogenis.
Wie hat Diogenes getañ
sehet seye gesprodene behawsunge anñ
Seȳ Ende ane zweifel frolicher waß
Dann doß der die gantze werlet besaß.

---

124) MS. 34 fol. 251—252.
125) MS. 34 fol. 268. 269

Dictum Jeronimi.
Alletzeit leybt mir In meynen oren der grawßame Don
Ir toden kompt vorgericht, gebt rechnunge, entpfohet den lon.

In der ersten Hälfte des Jahres 1511 ist Christoph Kuppener gestorben. Die oben erwähnte Urkunde über Stiftung der Jahreszeiten vom 25. Juli 1511 nennt ihn „quondam uir clarissimus.“ [126] Noch in demselben Jahre wurde an seiner Stelle ein neues Mitglied des Collegium principis gewählt.[127]

---

126) Zarncke, Statutenbücher p. 249.
127) Briefliche Mittheilung von Zarncke. Vgl. Urk. Quell. p. 764.

VII.

Zur Frage nach dem Prinzip der Successionsordnung im germanischen Rechte.

Von D. Rive in Breslau.

Die Frage nach einer eigenthümlichen Erbordnung, welche nationalen Zuständen und Anschauungen entwachsen bis auf den heutigen Tag auch dogmatische Wichtigkeit behauptet, ist in letzterer Zeit mit besonderer Lebhaftigkeit behandelt worden. Die hergebrachte Meinung, lange Zeit herrschend und nur vereinzelten Widersprüchen ausgesetzt, wurde später von wiederholten und energischen Angriffen betroffen. Wollte es auch Siegel[1] nicht gelingen, durch seine Polemik gegen die Parentelenordnung die allgemeine Ansicht wesentlich zu verrücken, so fanden doch seine Resultate mehr Widerspruch als Widerlegung. Neuerdings unternahm es dann Wasserschleben,[2] auf Grundlage selbständiger Forschung und neuer Anschauungen denselben Kampf nach einem anderen Ziele durchzuführen. Aber auch er hat eine neue Lehre nicht befestigen können, zumal Homeyer[3] zuletzt wiederum sein vollwichtiges Wort für den alten Glauben eingelegt hat. Jedoch richtet dieser Meister seine Argumentation nur auf eine

1) Siegel, das deutsche Erbrecht nach den Rechtsbüchern des Mittelalters, Heidelberg 1853; desselben germanische Verwandtschaftsberechnung, Gießen 1853; vergl. daselbst die ältere Literatur.

2) Wasserschleben, das Prinzip der Successionsordnung, Gotha 1860.

3) Homeyer, die Stellung des Sachsenspiegels zur Parentelenordnung, Berlin 1860.

einzelne Quelle vorgeschrittener Rechtsentwicklung und im Allgemeinen wartet somit die Controverse noch des erledigenden Abschlusses.

Der Versuch, nach diesen Vorgängern die Streitfrage von neuem zu behandeln, basirt auf der Thatsache, daß die wesentlichste Ursache der ungelösten Zweifel in dem Mangel genügender Quellenzeugnisse liegt. Denn die kurzen Andeutungen des Tacitus und die äußerst fragmentarischen Bestimmungen der Volksrechte, selbst der vollständigere Bericht des Sachsenspiegels, erweisen sich den verschiedenen Construktionen leicht fügsam oder sind wenigstens ungeeignet, ein bestimmtes einheitliches System darzustellen und zu verbürgen. Diese Erkenntniß hat nun freilich auch schon den Blick auf die reichen verwandten germanischen Stammesrechte hingelenkt, aber von einer eingehenden Benutzung derselben ist die Absicht wie der Erfolg durchaus fern geblieben. Andererseits treten aber einer solchen Verwendung des nordischen Quellenmaterials von manchen Seiten gewiß Zweifel und Bedenken entgegen. Soweit diese gegen jedes, früheren Untersuchungsmethoden mehr oder weniger eigene, willkürliche Uebertragen und Generalisiren gerichtet sind, gebührt ihnen unzweifelhaft die vollste Anerkennung, aber andererseits haben die für die Verfassungsgeschichte, das Strafrecht, die Vormundschaft, das Handgemal ꝛc. erzielten Resultate es, soweit Gründe überhaupt reichen, genügend nachgewiesen, daß die Beherrschung des gesammten Quellengebietes, auf welchem alle einzelnen Stammesrechte, die Volksrechte nicht weniger als die übrigen, einen individuellen Charakter und Standpunkt behaupten, unzweifelhaft am meisten dazu befähigt, das einheitliche Wesen der altgermanischen Zustände zu erkennen, das Gemeinsame von dem Individuellen, das Fremde von dem Nationalen und das Abnorme von dem Normalen zu scheiden.

Auch für die Erbfolgeordnung kann eine Uebereinstimmung in den einzelnen Grundsätzen nicht erwartet werden; räumlich und zeitlich weit getrennt, durch individuelle Einflüsse vielfach beherrscht, lassen die Quellen mannigfache Abweichungen als natürlich erscheinen. Ein allgemein herrschendes Grundprinzip wird daneben aber vielleicht erkannt werden können, wenn die Gesammtanschauungen

der genannten Stammesrechte einzeln in ihrem Verhältniß zu einander und zu einem gemeinsamen Grundprinzip geprüft werden. Muß dabei die Reichhaltigkeit des Stoffes und die dadurch bedingte Sicherheit des zu erzielenden Resultates den Gang der Darstellung bestimmen, so sind, ohne jedoch dadurch in irgend einer Weise zu präjudiziren, zunächst die Quellen des Nordens, nach ihnen das unverfälschte sächsische Recht und zuletzt die Volksrechte in Betracht zu ziehen.

I. Die skandinavischen Stammesrechte.

Eine allgemeinere Erörterung des Erbrechts würde leicht darthun, daß die generellen Grundsätze über das Wesen, den Umfang, die Objekte der Intestaterbfolge u. drgl. m. nicht nur auf diesem Gebiete eine wesentliche Gleichmäßigkeit behaupten, sondern sich auch den übrigen Stammesrechten in nationaler Verwandtschaft eng anschließen. Die Familie stellt überall die gleichmäßig auf ethischer Grundlage beruhende Verbindung der Blutsfreunde dar und die wesentlich übereinstimmenden rechtlichen Folgen dieses Verbandes finden auch hier den Mittelpunkt in dem deutschrechtlichen Erbanspruche, der das freie Verfügungsrecht des Erblassers nicht anerkennt. Weiterhin sind die Bedingungen und Voraussetzungen zur Geltendmachung dieses Rechtes wesentlich gleichgestaltet unter den Quellen dieses Kreises sowohl als im Vergleich mit den Grundsätzen der Volksrechte.[4] Einer kurzen vorbereitenden Erwähnung bedürfen aber neben diesen generellen Zügen die besonders hervorstechenden und durchgreifenden Eigenthümlichkeiten. Unter diesen tritt vornehmlich hervor die ausgedehnte Erbberechtigung der außerehelichen Verwandten. Mag in jenen Zuständen die umfassende Bedeutung der Blutsge-

---

4) Das Nähere bieten: Finsen, den islandske Familieret efter Grágás (Annaler for nordisk Oldkyndighed og Historie 1849 S. 290—324); Nordström, Bidrag til den Svenska samhällsförfattningens historia Bd. 2. S. 182—227. Stiernhöök, de jure Sueonum et Gothorum. S. 178—201.

meinschaft als bloße Thatsache, mag das natürliche Bestreben nach Ausgleichung der aus jener an sich unvermeidlich hervorgehenden Lasten und Pflichten durch entsprechende Rechte oder mag die länger fortwirkende heidnische Anschauung dabei als motivirend und erklärend angesehen werden können, die nähere Erörterung dieser schwankenden Normen muß, da sie unsere Aufgabe nicht direkt berührt, hier vermieden werden.[5] Ferner veranlaßt dieser Ort nur die allgemeine Hinweisung darauf, daß die Rücksicht auf das Geschlecht nach Ort und Zeit in Umfang und Art verschieden modificirend in die Erbfolgeordnung eingreift. Ohne die weiterhin sich anschließenden vielfachen Fragen zu berühren, sollen deshalb die vorliegenden Quellen in der durch den Zweck gebotenen Reihenfolge ausschließlich in Betreff des der Berufung zu Grunde liegenden Prinzips erforscht werden.

Die reichhaltige Sammlung des altisländischen Rechts stellt für die Berufung der Verwandten ins Erbe keine doktrinäre Norm auf, sondern führt dieselben in einzelnen Klassen namentlich auf. In das durch den Tod einer Person erledigte Erbe (arft) folgen die Blutsfreunde als Erben (erfingi) in dieser Weise: 1. der Sohn, 2. die Tochter, 3. der Vater, 4. der Bruder von demselben Vater, 5. die Mutter, 6. die Schwester von demselben Vater, 7. der Bruder von Mutters Seite, 8. die entsprechende Schwester. Uebergehen wir die nach diesen in gleicher Reihenfolge, ohne die Eltern, berufenen unehelichen Verwandten, so schließen sich den Genannten an 9. der väterliche und mütterliche Großvater mit dem Enkel von Sohn und Tochter, 10. die väterliche und mütterliche Großmutter mit der Enkelin von Sohn und Tochter, 11. der Vater- und Mutter-Bruder mit den Söhnen von Brüdern und Schwestern, 12. Vater- und Mutter-Schwester mit den entsprechenden Töchtern.[6]

5) Vgl. die weiteren Ausführungen Wilda's: Von den unechtgeborenen Kindern (Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. XV. S. 237—297).

6) Grág. A. p. 118 S. 218. (Finsen) Sonr a arf at taka nu er eigi onr pa scal taca dodir. Nu er eigi dottir pa scal taca fapir, pa bropir

An dieser Stelle endet die namentliche Aufführung und auch die bisherige Art der Berufung, die weiteren Descendenten und Ascendenten (Urgroßeltern und Urenkel) sowie deren Nachkommen werden nicht in Betracht gezogen, die Erbschaft fällt ausschließlich einem beschränkten Kreise von Seitenverwandten zu. „Sind diese, heißt es, nicht vorhanden, so sollen die Geschwisterkinder, Vettern, Cousinen (braedrungar ok systrungar) das Erbe zu gleichen Theilen nehmen, so daß, wenn auf Seiten des Vaters oder der Mutter Einer ist, auf der anderen Seite mehrere sind, jeder Seite die Hälfte zufällt. Lebt auch von diesen keiner, so erbt der nächste Nachkomme dieser, wenn er frei geboren und erbberechtigt ist. Sind Weiber und Männer gleich nahe, so gehen diese vor. Gleichmäßig soll das Erbe nach Gliedern getheilt werden.“[7]

Das sind Grundsätze, welche allen bisher aufgestellten Systemen germanischer Successionsordnung sehr fern zu stehen scheinen. Wenden wir zunächst die jüngsten dieser, ohne ihnen für einen anderen Quellenkreis irgendwie zu präjudiziren, auf jene Normen an, so ist ein durchgreifender Mangel jeder Uebereinstimmung nicht zu verkennen. Von einer Trennung der Descendenten, Ascendenten und Collateralen als gesondert nach einander folgenden Klassen ist keine Rede, und mit Hinweisung auf die nachfolgende Erörterung bedarf es hier wohl keines näheren Beweises, daß die Nähe und Erbberechtigung der entfernteren Seitenverwandten hier nicht gemessen wird nach der Zahl der zwischen dem Erben und seinem mit dem

---

samfedri, pa mopir, — pa scal taca systir samfedra, pa scal bropir sammoedri, pa scal taca systir sommopra — pa ero naestir erfe födor fapir oc modor fapir, sonar sonr oc dottor sonr, pein naestir eigo at taca fopor mopir oc modor mopir, sonar dottir oc dottor dottor — pa er foedor bropir oc modor bropir, bropor sonr oc systor sonr. — Sidarst taca fodor systir oc modor systir, brodor dottir oc systor dottir.

7) Grág. A. p. 118 S. 219. Nu ero eigi peir menn til, pa scolo taca jöfnum böndum brudrungar oc systrungar — padan fra er avallt er nanasti nidr til arf tekio.

Erblasser gemeinsamen Stammvater.[8] Ebenso wenig rechtfertigt sich hier das von Siegel[9] als Grundlage der Erbfolgeordnung „für alle alten Völker" angenommene Bedürfniß, die Eltern, Voreltern und Geschwister mit den eigenen Nachkommen aller Grade als engeren Verwandtenkreis und nähere Erben von allen Seitenverwandten als entfernteren zu trennen. Weder folgen die näheren Blutsfreunde in der von ihm angegebenen Weise, noch werden die entfernteren nach Anzahl der Grade, von dem gemeinsamen Stammvater ab auf einer, der jedesmaligen längeren, Seite gezählt, berufen. Lehren dieses die obigen Anordnungen von selbst, so ist zugleich ebenso unverkennbar, daß in ihnen auch das älteste System, die Parentelenordnung, in der bekannten Construktion nicht zur Darstellung gelangt.

Diese Erkenntniß enthält die Aufgabe, ohne jede aprioristische Theorie die positiven Gesetzesvorschriften an sich objektiv zu zergliedern. Die genau und ausführlich vorgeführte Reihenfolge soll, dem ganzen Charakter jenes Rechts entsprechend, den faktischen Bedürfnissen zweckdienlich genügen. Darum wird nicht von vorn herein eine doktrinäre Regel geltend; wie die Blutsfreunde faktisch im Leben zum Erblasser stehen und nach dessen Tode regelmäßig noch vorhanden sind, werden sie genannt. Denn auch die Gradesnähe bildet kein durchgreifend maßgebendes Moment. Abgesehen nämlich von dem an sich begründeten Einflusse des Geschlechts gehen die Descendenten ersten Grades voran, ihnen folgen die gleichen Ascendenten nach und die Geschwister schließen alle übrigen Verwandten zweiten Grades aus. Erst wenn nach diesen mit den nächsten Abkommen der Descendenten zugleich die Ascendenten des zweiten Grades und sodann die nächsten Seitenverwandten abgefunden sind, greift eine bestimmte Regel Platz. Dann folgen nämlich allein die braedrungar ok systrungar, unter welchen dem Sinne wie dem Wortlaute der Gesetzstelle gemäß Vettern und Cousinen, nicht Neffen und

---

8) Vgl. die unten folgende Darlegung des Systems Wasserschlebens.

9) Siegel, Germanische Verwandtschaftsberechnung S. 32, f. unten.

Nichten, die ja vorausgehen, verstanden werden müssen.[10] Nur die Nachkommen dieser werden weiterhin als Erben genannt und anerkannt. Der Sinn, die Interpretation und die Uebersetzung dieser sowie analoger Stellen bezeichnen die nach jenen berufenen **naesta, annara, pridja braedra** bestimmt als die Nachkommen jener.[11] Mit diesen, also da die Vettern im 2ten Grade stehen mit dem 5ten Grade deutscher Computation, erreicht dann der Erbanspruch für alle Blutsfreunde sein Ende.[12]

Von den Vettern aus geht also der Erbanspruch in derselben Linie, mit Maßgabe der Gradesnähe innerhalb derselben, zu Ende. Diesen vorausgegangen sind aber, wie erkannt, wenn auch nicht ohne Conkurrenz, Eltern-Geschwister und Großeltern. Die dritte Parentel ist demnach hier zur Durchführung gebracht und zwar ebenfalls im Anschluß an das natürliche, dem menschlichen Körper entlehnte Bild.[13] Für die erste und zweite Parentel ist aber ein Gleiches augenscheinlich nicht der Fall. Wesentlich ist nämlich die fortgehende Berufung der nachfolgenden Grade in den einzelnen Linien dem Rechte fremd. Die erste Parentel bricht gleich nach der Spitze, die zweite beim zweiten Gliede ab und die Delation geht in die folgende Linie über; die folgenden Generationen werden erst später oder gar nicht mehr berücksichtigt. Ueber diese Erscheinung dürften aber wohl die sich anschließenden Stammesrechte uns näher belehren können. Sie zeigen nämlich, wie sich unten näher ergeben wird,

---

10) Dieses scheint Finsen a. a. O. S. 281 f. nicht genügend zu unterscheiden; vergl. auch die Glossarien, welche einstimmig übersetzen „filii patrui, amitae etc.“

11) Grág. Baugat. VI, S. 172, auch I, 28, 29, 50, 208, 221, 228, 229, 246, 285, 293, 340, 310, 345 u. s. w. (Schlegel) Finsen a. a. O. S. 281 ff. naesta braedra = braedra sunu = Soedskenbebörn. Naestsoedskambebörn Naestnaestsödskenbebörn = consobrini, consobrinorum filii etc.

12) Grág. Baugat. II, 172 f.; pings R. p. 57, 158; Omag. b. 7, 246; 27, 285.

13) Knerunnr (isländ.), knae (schwed.), cneôw (angelſ.), geniculus (Volksrechte), Knie (quedlinburger Hdschr. d. Ssp.); Homeyer a. a. O. S. 8.

daß innerhalb desselben Systems gerade die Berufung der ferneren Grade in den ersten Linien ein durchaus bewegliches Moment bildet. Spezieller wird sich darthun lassen, daß mehr und mehr die Generationen direkt nach einander berufen werden, bis in einzelnen Stammesrechten die Lineal-Gradualfolge unbedingt zur Durchführung gebracht ist. Wenn demnach in einigen Quellen dasselbe System als ausgebildete Doktrin die ganze Successionsfolge bestimmt und beherrscht, in anderen dagegen nur für den engeren Verwandtenkreis durch spezielle und namentliche Aufführung Modifikationen und Abweichungen begründet werden, so dürften der positiven Anordnung einer solchen Reihenfolge wohl bestimmte Motive und Zwecke zu Grunde gelegen haben. Je näher, je regelmäßiger die Erben, desto entschiedener tritt die Beschränkung der Delation auf wenige Köpfe hervor. Wollte man vielleicht die Erbschaft so viel als möglich zusammenhalten, den Kindern, Eltern oder Geschwistern und zwar auch nur den Männern oder den Frauen ungetheilt übertragen, statt sie unter den vermehrten Nachkommen der Descendenten sogleich zersplittern zu lassen? Vielleicht lagen auch die Urenkel, Großneffen und deren Nachkommen der praktischen Anschauung zu fern, um sie bei der Aufzählung zu berücksichtigen. Jede sonstige Vertheilung verwandtschaftlicher Rechte und Pflichten, die Zuerkennung des Wergeldes, der Alimentationspflicht, der Vormundschaft u. drgl. m. beweisen, daß neben dem allgemeinen legitimirenden Prinzip andere den Verhältnissen entnommene Rücksichten und Zweckmäßigkeitsgründe mitwirkend sind. Wie dem aber auch sein mag, das Resultat der Darlegung kann vorläufig für das isländische Recht wohl dahin zusammengefaßt werden, daß die Gliederung nach Parentelen der Anschauung des Verwandten-Cyclus zu Grunde liegt, daß auch die Erbfolgeordnung von diesem Grundgedanken beherrscht wird, die Berufung aber, durch eigene Zwecke und besondere Ursachen bestimmt, das Lineal-Gradual-System nicht zur unbedingten und vollen Ausführung bringt. Alle folgenden Quellen wie die schließlich zu prüfenden inneren Gründe werden dieses Ergebniß befestigen.

Durch die Darlegung der in der Graugans enthaltenen Grundsätze ist in gewissem Sinne das isländische Recht nicht erschöpft. In späterer Zeit sind andere Rechtsquellen auf der Insel zur Geltung gelangt, das Gesetzbuch des Königs Hakon und das sog. Jons-Buch. Aber diese datiren ihren Ursprung nach der Unterwerfung des Freistaates. Die Berücksichtigung derselben wird deshalb am besten mit den jetzt folgenden norwegischen Stammesrechten verbunden.

In Norwegen stehen Rechtserzeugnisse verschiedener Zeiten und Orte getrennt neben einander und die einzelnen Provinzialrechte finden in dem Gesetzbuche König Magnus des Gesetzverbesserers einen gewissen vereinigenden Abschluß. Abweichungen dieser Quellen untereinander wie im Verhältniß zu dem betrachteten Rechte auch für den vorliegenden Gegenstand sind deshalb sehr erklärlich. Ohne das erkannte Grundprinzip zu ändern, erscheinen denn auch bei der Berufung die Grundsätze mannigfach verändert, welche schon oben als inkonstant und außerwesentlich bezeichnet wurden.[14] Die Be-

14) Jarns. Erfdb. c. c. 1. f. f. Die Reihenfolge stellt sich also dar: 1. der Sohn, 2. der Vater, 3. die Tochter mit dem Enkel vom Sohne, 4. die Enkelin, 5. der väterliche Bruder, 6. dieselbe Schwester, 7. der väterliche Großvater, des Vaters Bruder und des Bruders Sohn, 8. die Mutter, 9. die väterliche Großmutter, des Vaters Schwester und des Bruders Tochter, 10. der Bruder von mütterlicher Seite und des Vaters-Bruders Söhne, 11. die Schwester von mütterlicher Seite und des väterlichen Oheims Töchter, 12. die nächsten Nachkommen der Vettern resp. Cousinen (naesta braedra), 13. der mütterliche Großvater und der Enkel von der Tochter, 14. die mütterliche Großmutter und die Enkelin von der Tochter, 15. der Mutter Bruder mit dem Sohne der Schwester, 16. die Mutter-Schwester nebst der Tochter der Schwester, 17. Geschwisterkinder, von denen der Vater der Einen und die Mutter der Anderen Geschwister sind, 18. Vettern und Cousinen, welche von zwei Schwestern stammen, ebenfalls immer erst Männer, dann Weiber. Von den natürlichen Verwandten abgesehen, sollen nach den Vettern und deren Kindern die weiteren Generationen bis zum 5ten Gliede folgen, also die nach der Graugans Berufenen unter bleibendem Vorzuge der Agnaten. Die Anordnungen im Jons-Buch Arv. Tal. I. f. f. S. 100 f. f. folgen ganz demselben System; zugleich heben sie aber die anomale Stellung der Mutter, die Verbindung der Großeltern und Oheime u. drgl. m. wieder auf, reguliren den Einfluß des Geschlechtes, besonders das Verhältniß der Agnaten und Cognaten, wiederum in vielfach sehr abweichender Weise, und

rücksichtigung des Geschlechts vornehmlich erweist sich hier auffallend vermehrt und eigenthümlich verändert. Die cognatische Verwandtschaft tritt vor der agnatischen ungleich weiter zurück, so daß der Anspruch der ersteren vorwiegend ein subsidiärer ist. Auch einzelne Weiber nehmen eine spätere Stelle ein. Dadurch wird die Classificirung verschiedentlich berührt. Die Mutter behauptet einen späteren Anspruch und die Tochter wird durch den nach dem Sohne eintretenden Vater zurückgedrängt. Auch der zweite in dem Systeme als beweglich bezeichnete Faktor macht sich hier geltend; für die Descendenten ist die direkte Nachfolge um einen Grad weiter geführt. Diese Momente sind es denn auch, auf welche die in der Classificirung hervortretenden Veränderungen und Eigenthümlichkeiten zurückzuführen sind. Diese Unterschiede wechseln entsprechend wiederum in unbestimmbar mannigfacher Weise mit dem einzelnen Stammesrechte, aber eben als unwesentlich berühren sie die Gesammtanschauung und das Grundprinzip der Erbfolgeordnung in keiner Weise. Nach allen Rechtsquellen kommt wie in Island die dritte Parentel nach Maßgabe der Gradesnähe für den Erbgang zur Durchführung; nachdem Großeltern und Eltern-Geschwister unmittelbar und nach einander eingetreten sind, folgen die Vettern und Cousinen und deren Nachkommen bis zu derselben Grenze, bei welcher dem Könige das vakante Gut zugewiesen wird. Aber ebenso ist für die ersten beiden Linien diese Ordnung beschränkt, nach dem zweiten Gliede geht jede in die folgende über und es treten damit Modifikationen ein, für welche die oben versuchte Erklärung und Begründung, so weit sie zutrifft, unverändert zur Anwendung kommt. In derselben Weise wie oben bleibt es weiterhin unmöglich, die von anderen Seiten aufgestellten Systeme für die germanische Successionsfolge hier in Anwendung zu bringen und mit den Quellenzeugnissen nur annähernd in Einklang zu setzen. In erweiterter Ausdehnung bleiben

---

rechtfertigen den für unseren Zweck diesen Grundsätzen beigelegten nebensächlichen Charakter. Dasselbe gilt von Gulap. L. 103. S. 48 f. und der Gesetzgebung des Königs Magnus; Nyer Lands L. Erfd. b. V, 7 S. 80 ff.

demnach sämmtliche Gründe in Geltung, welche die Annahme erheischen, daß die Gliederung nach Linien dem Verwandtenbilde und auch der Successionsordnung zu Grunde liegt, wenn diese Vorstellung auch nicht ausschließlich und absolut maßgebend erscheint.

Der Kreis der schwedischen Rechte wird dem bisherigen Resultate eine ausgedehntere und festere Geltung gewähren. Zunächst in dem Gesetzbuche Westgothlands[15] ist die Reihenfolge in nachstehender Weise bestimmt: 1. der Sohn, 2. die Tochter, 3. der Vater, 4. die Mutter, 5. der Bruder, 6. die Schwester, 7. des Sohnes Kinder, 8. der Tochter Kinder, 9. des Bruders Kinder, 10. der Schwester Kinder, 11. der väterliche Großvater, 12. der mütterliche Großvater und die väterliche Großmutter, 13. die mütterliche Großmutter, 14. der Bruder des Vaters, 15. der Bruder der Mutter und die Schwester des Vaters, 16. die Schwester der Mutter. Da nach diesen ebenfalls die Vettern und Cousinen und die ihnen folgenden nach Maßgabe der Nähe ausschließlich noch berufen werden, so liegt die unverkennbare Uebereinstimmung mit dem bisher erkannten Systeme vor Augen. Freilich bestehen auf den als veränderlich bezeichneten Seiten wiederum manche Besonderheiten. Zwischen Agnaten und Cognaten, Weibern und Männern ist das Verhältniß in vielfach eigenthümlich neuer Art bestimmt. Wichtiger für unsere Frage erweist sich die in den hieher gehörigen Stammesrechten hervortretende Erscheinung, daß hinsichtlich der Nachkommen der Berufenen andere Grundsätze geltend werden. Die beiden ältesten Gesetzbücher lassen zwar schon Eltern, Geschwister und deren Kinder folgen, aber sie stellen wiederum

---

15) Wg. L. I. Arfp. B. 1 Sun aer fapers arvi. Aer eig sun pa aer dottur, pa aer fapuir. Aer eig fapir pa aer moper pa aer broper. Aer eig broper pa aer systir. Aer eig systir pa aern sunaerbörn. Aer eig sunaerbörn pa aer dottorbörn. Aer eig dottor börn pa aern systör börn. Aer eig systor börn pa aer fapur fapir. Aer mopor mopaer ok fapur bropaer pa takur möpor moper ok fapur broper gangaer fra. Moper fapir ok fapur moper per aern iamnaervi. Moper broper ok fapur systir per aern jamnaerve. Dottor sun ok sunnae dottir per aern iamnaervi. Og L. I A. Bff. I, 1 ff. — Bröprae synir aeller dötter — taker slickt en sum annar. —

die Enkel den Eltern und Brüdern nach, aber andere Provinzialrechte richten durch unmittelbare Nachfolge der Descendenten die regelrechte Folge auch innerhalb der näheren Linien auf. Die nächsten Grade in den einzelnen Linien behaupten zunächst die unmittelbare Folge nach einander, aber bald erscheint auch die erste wie die zweite Parentel bis zu der für die dritte allgemein bestehenden Grenze, bis zum 5ten Grade durchgeführt.[16]

Mit der vollen Durchführung dieses Systems bricht aber auch die Herrschaft desselben für den skandinavischen Quellenkreis ab. Denn das dänische Recht hat auch nach dieser Seite hin die nationale Anschauung so weit verlassen, daß eine andere Anschauung zur überwiegenden Geltung gekommen ist. Die verschiedenen Provinzialrechte, in Bezug auf die Berücksichtigung des Geschlechts, das Repräsentationsrecht und andere Punkte unter einander variirend, berufen einstimmig zunächst die Descendenten im Allgemeinen nach Maßgabe der Gradesnähe, nach ihnen die Eltern mit den Geschwistern oder auch den Vater allein. Fehlen auch diese, so sollen die ferneren Ascendenten und Seitenverwandten gleichmäßig nach der Gradesnähe folgen, bald mit Begrenzung letzterer auf den siebenten Mann bald ohne diese. Demnach heißt es: „die Großeltern, die Geschwister der Eltern und die Kinder der Geschwister sind alle gleich nahe zur Erbschaft und ein jeder später kommende Erbe, so wie er mit dem Verstorbenen verwandt ist; ist keiner der nun Genannten

16) Söderm. L. Arfp. B. 1. Gleich nach den Kindern erben die Enkel (aen ei aer barn til, aerven pa barnabarn), die Kinder der Geschwister gleich nach diesen (Aern ei pe [bröper oc syster] til, aerwin pa bropurs barn swa sum eghin broper, oc slict syster barn sum syster) Westm. L. Arfd. B. 11, Hels. L. Aerfp. B. 11. Nach den Kindern erben deren Nachkommen bis zum 5ten Grad (swa aervisalt til faemptae manzae hwart aeftik fôpaes man aeller runa); Upl. L. Aerfp. B. 11. Nach den Kindern erben deren Descendenten gradweise bis zum 5ten Grade (Swa aervis allt till faemptae manz ae hwart föpis frum aff apru); das. 12. Ebenso folgen den Geschwistern ihre Nachkommen bis zu demselben Grade (paer komber bropir at arfwi broper sinum — ok swa aerfwir allt paet aff bropaer aer komit sum bropir, ok swa paen aff systur kom sum systir allt til faemptae manz).

vorhanden, bei denen ein Mann dazwischen ist, so geht das Erbe an die, bei denen zwei dazwischen sind, als Geschwisterkinder, dann an die, wo drei, vier dazwischen sind und so immer fort, so lange Verwandtschaft da ist."[17] Die hierin ausgesprochenen Grundsätze genügen wohl um nachzuweisen, daß die hier bestehende Successionsordnung weder den in den verwandten Quellen erkannten Prinzipien noch den übrigen für das altgermanische Recht entworfenen Systemen entspricht, so daß die nähere Erörterung derselben den vorliegenden Zweck nicht berührt. In den altgermanischen Staaten des Nordens ist also die Successionsfolge nicht in eine doktrinäre einheitliche Regel gekleidet. Die nach Zeit und Ort wechselnden Rücksichten und Anschauungen gestalten die Einzelbestimmungen für die Vertheilung der Erbschaft sehr verschieden, und auch die Classificirung folgt innerhalb gewisser Grenzen dem Wechsel bestimmter Einflüsse. Aber eine nationale Anschauung und ein einheitliches Bewußtsein bildet doch das Grundprinzip. Eine bestimmte Vorstellung von der Gliederung des Verwandtenkreises ist auch hier herrschend, es ist die Trennung nach Linien, aber, wie bei jeder Zuertheilung sonstiger Rechte und Pflichten des Blutsverbandes, so haben auch hier die konkreten Lebensverhältnisse, nicht näher zu bestimmende Rücksichten auf die Wahrscheinlichkeit oder Zweckmäßigkeit oder endlich unerklärte besondere Anschauungen in manchen Quellen geringere und ausgedehntere Modifikationen begründet und die vollkommene Herrschaft eines Prinzips auf einige Stammesrechte beschränkt.

II. Das Recht des Sachsenspiegels.

Um für die Deutung der dürftigen Aussagen der Volksrechte eine möglichst breite und feste Basis zu gewinnen, erscheint es rathsam, den bisherigen Resultaten die Ergebnisse einer reicheren Quelle anzuschließen. Die für die Frage maßgebenden Stellen sind:

---

17) Andr. Sun. l. Sk. XIV; Er. saell. L. I, 12ff. Jydsk. L. I, 4 ff.; vgl. Kolderup Rosenvinnge Grundriß der dänischen Rechtsgeschichte ed. Homeyer S. 80ff.

I, 17 § 1 Stirft die man ane kint, sin vader nimt sin erve; ne hevet he des vaders nicht, it nimt sin muder mit mereme rechte, dan sin bruder. Vader unde muder, süster unde bruder erve nimt de sone unde nicht de dochter; it ne si dat dar nen sône ne si, so nimt it de dochter. Sven aver en erve versüsteret unde verbruderet, alle de sik gelike na to der sibbe gestuppen mogen, de nemt gelike dele dar an, it si man oder vif; disse hetet de sassen gan erven. Doch nimt sones unde dochter kint erve vor vader unde vor muder unde vor bruder unde vor süster, durch dat: it ne geit nicht ut den busmen, de wile de evenburdige busme dar is.

I, 3 § 3. Nu merke wie ok war de sibbe beginne, unde war se lende. In dem hovede is besceiden man unde wif. to stande, die elike to samene komen sin. In des halses lede die kindere, die ane tveinge vader unde muder geboren sin. Is dar tveinge an, die ne mogen an eime lede nicht bestan unde scricket an ein ander let. — Ungetveider brüder kindere de stat an dem lede, dar scülderen unde arm to samene gat; also dut die süster kindere. Dit is de irste sibbe tale, die man to magen reheret: bruder kindere unde süster kindere. In dem ellenbogen stat die andere. In dem lede der hant de dridde. In dem irsten lede des middelsten vingeres de vierde. In dem anderen lede de vefte. In dem dridden lede des vingeres de seste. In dem seveden stat ein nagel unde nicht ein let, darumme lent dar de sibbe, unde hetet nagel mage. Die tvischem deme nagele unde deme hovede sik to der sibbe gestuppen mogen an geliker stat, de nemet dat erve gelike. De sik naer to der sibbe gestuppen mach, de nimt dat erve to voren.

Unbezweifelt werden hier alle Descendenten nach der Gradesnähe

zuerst berufen, ihnen folgen Eltern und Geschwister, demnächst wird aber eine allgemeine Regel maßgebend, die in den Worten enthalten ist „alle de sik gelike to der sibbe gestuppen mogen.“ Es kommt deshalb darauf an, welche Verwandte jedesmal darunter verstanden sind. Darüber läßt sich das Rechtsbuch nur an der hier citirten zweiten im anderen Zusammenhange stehenden Stelle aus. In dieser will nämlich der Spiegler die Ordnungen der Weltgeschichte, des Heerschildes und der zur Erbfolge berechtigenden Verwandtschaftsgrade auf die Siebenzahl zurückführen und wesentlich zugleich nachweisen, wo die Sibbe beginne und wo endige. Er stellt demnach an dem Bilde des menschlichen Körpers ein Stammhaupt mit seinen Nachkommen bis zur 7ten Generation dar, nicht den Verwandtenkreis in seiner Verzweigung, sondern eine Parentel und zwar nicht die des Erblassers, sondern, wie die genannten Geschwister 2c. zeigen, eine höhere Linie. In dieser Gliederung bestimmt sich die Stellung der Einzelnen nach ihrem Verhältnisse zum Stammvater. Aber nicht allein die Erbfolge in dieser einen Parentel kommt zum Ausdruck, die Delation bis zur 7ten Generation hat vielmehr wohl nur für die ferneren Parentelen praktische Bedeutung; in jenem Bilde stellt sich nicht allein das Successionsverhältniß zum Stammhaupte dar, sondern auch das gegenseitige Erbrecht der genannten Verwandten; je nach der Stufe, welche die sich beerbenden Verwandten in jenem Bilde einnehmen, werden Blutsfreunde aus den verschiedenen Linien bis zur siebenten nach demselben Prinzip der Gradesnähe berufen.

Dadurch war die allgemeine Regel des „gelike na to der sibbe gestuppen“ wohl genügend charakterisirt und unter diesen Umständen konnte Eike, ohne ungenügend zu berichten, die scheinbar unvollkommene Darstellung abbrechen, an der Grenze, wo die besondere Rücksicht auf das Geschlecht aufhörte. Wie unter diesen Erben für die allerdings auch im nordischen Rechte ausgezeichneten nämlichen Blutsfreunde der Sprachgebrauch „Magen“ näher zu begründen oder zu erklären ist, bleibt unbestimmbar und auch ist nicht

sicher zu entscheiden, ob jede Parentel bis zu derselben Gradesgrenze gerechnet wurde.

Für dieses von Homeyer zuletzt vertheidigte Resultat behaupten auch die von ihm vorgebrachten Gründe und Argumentationen hier die unveränderte unterstützende Bedeutung. In allgemeiner Hinweisung auf dieselben sind hier die für die Parentelenordnung sprechenden inneren Gründe, welche sich in den historischen wie gegenwärtigen Anschauungen aussprechen, nicht zu wiederholen und die einzelnen Momente überhaupt nur soweit wieder hervorzuheben, als die Vertheidigung gegen entgegenstehende Theorien es fordert.

Wie schon bemerkt, geht Wasserschleben[18] von dem Fundamentalprinzip aus, daß eine generelle Trennung der Erben als Descendenten, Ascendenten und Collaterale bestanden habe. Wie unter „kint" alle Descendenten, so seien unter Vater und Mutter alle Ascendenten verstanden. Die Willkürlichkeit dieser Annahme liegt auf der Hand, was auch Homeyer schon hervorhebt, besonders da ja die Nachfolge aller Descendentengrade im Ssp. noch ausdrücklich und bestimmt angeordnet wird. Auch die analogen Erbordnungen der betrachteten Stammesrechte haben zur Genüge bewiesen, wie wenig an eine solche Verallgemeinerung überhaupt gedacht werden kann. Mit nichten ist ferner dieselbe Trennung verbürgt durch die Worte I, 17c 1 Sven aver en erve versüsteret unde verbruderet, alle de sik gelike na to der sibbe gestuppen mogen, de nemt gelike dele dar an. Denn an sich bedeutet sibbe, wie schon Homeyer nachgewiesen hat, keineswegs wesentlich und ausschließlich Seitenverwandtschaft. Und wenn es auch im Verlaufe der Berufung heißt: „nach den Geschwistern folgen die nächsten Seitenverwandten," so kann daraus doch unmöglich gefolgert werden, daß einerseits alle Ascendenten vorausgegangen sind und andererseits nur noch Collateralen berufen werden sollen. Wie erkannt, genügen diese Anordnungen zur Darstellung der Erbfolge, aber ebenso müssen auch die

18) Wasserschleben a. a. O. S. 30 ff.

Geschwister noch besonders genannt werden weil bis zu ihnen der Vorzug des Geschlechtes gilt. Aus diesen Gründen darf es auch nicht als allenfalls zuzugestehen bezeichnet werden, wie Homeyer es thut, daß für die höheren Ascendenten das Parentelenprinzip verlassen worden sei.

Aber auch die für die Seitenverwandten aufgestellte Norm entbehrt jeglicher Begründung. Wasserschleben will, daß unter diesen nur die Gradesnähe maßgebend sei, bestimmt durch die Anzahl der zwischen dem Erben und dem ihm mit dem Erblasser gemeinsamen Stammvater liegenden Generationen. Die dafür angeführten Gründe, daß in den Worten „alle de sik gelike to der sibbe gestuppen“ etc. das Prinzip der Gradesrechnung mit zu großer Bestimmtheit und Schärfe ausgesprochen liege, als daß ein Vorzug der einzelnen Parentelen angenommen werden könnte, und daß ferner jede Andeutung für einen solchen Vorzug fehle, bieten der obigen Ausführung noch keinen positiven Stoff zur Widerlegung. Ueberhaupt finden die von Homeyer hervorgehobenen Inkonvenienzen und Widersprüche dieser Theorie erweiterte Geltung und Bestätigung. Denn alle betrachteten Quellen haben erwiesen, daß die Stellung der Geschwister in der Reihenfolge der Erben nicht, wie Wasserschleben annehmen will und muß, eine unerklärte Anomalie bildet und daß es eine sowohl der Natur der Sache als allen positiven Anordnungen durchaus widersprechende Classificirung ist, nach welcher in der Seitenverwandtschaft zuerst Kinder der Geschwister, Geschwister der Eltern, der Großeltern u. s. w., dann Enkel der Geschwister, Geschwisterkinder der Eltern, der Großeltern u. s. w., ferner Urenkel der Geschwister, Geschwisterenkel der Eltern, der Großeltern u. s. w. berufen werden.

Der andere Gegner der Parentelenordnung, Siegel, bietet an dieser Stelle der Polemik weniger Stoff, da seine Deduktion wesentlich auf inneren Gründen und anderen Quellen beruht, welche nachstehend zu betrachten sind.[19] Nachdem Siegel seine frühere Theorie

19) Siegel, Erbrecht. S. 23.

hinsichtlich der Seitenverwandten zurückgenommen hat, bleibt für den Sachsenspiegel der Gegensatz wesentlich darin bestehen, daß er in jenem Bilde nicht eine Parentel, sondern den ganzen Verwandtenkreis dargestellt findet, so daß die Regel alle de sik gelike etc. nichts als eine Norm für die Zählung der Grade im Allgemeinen abgebe.[20] Dagegen haben die Begründung der hier vertretenen Ansicht und die Ausführungen Homeyer's den Beweis erbracht, daß jene symbolische Darstellung mit der an sie geknüpften Norm nur für die einzelne Linie mit ihren Graden anwendbar ist.

III. Die germanischen Volksrechte.

War es bisher möglich, den Quellen die positiven Beweise für eine bestimmte und eigenthümliche nationale Erbfolgeordnung zu entnehmen, so ist der Beschaffenheit der Volksrechte gegenüber von vorn herein zu erwarten, daß unbestimmtere, oft nur negative Argumente höchstens einer Ansicht das Uebergewicht zu verschaffen vermögen. Gleich das alterthümlichste Stammesrecht gewährt nur sehr unvollkommene Aufklärung. Denn die l. Sal. Pact. 59 bestimmt:

> 1 Si quis mortuus fuerit et filios non dimiserit, si mater sua superfuerit, ipsa in hereditatem succedat.
> 2. Si mater non fuerit et fratrem aut sororem dimiserit, ipsi in hereditatem succedant. 3 Si isti non fuerint, tunc soror matris in hereditatem succedat et inde de illis generacionibus quicumque proximior fuerit ille in hereditatem succedat.

Mit voller Uebereinstimmung und zugleich in etwa ergänzend verordnet das andere fränkische Recht l. Rip. 56:

> Si quis absque liberis defunctus fuerit, si pater materque superstites fuerint, in hereditatem succedant. Si autem nec eos habuerit, tunc soror matris patrisque succedant. Et deinceps usque ad quintum genuculum qui proximus fuerit in hereditatem succedat.

---

20) Siegel, Verwandtschaftsberechnung. S. 30.

Die Gleißmäßigkeit auch des angelsächsischen Rechts tritt hervor in l. Henr. I. LXX, 19.

> Si quis sine liberis decesserit, pater aut mater ejus in hereditatem succedant vel frater aut soror, si pater aut mater desint, si nec hos habeat soror patris vel matris et deinceps in quintum genuculum, quicumque proximiores in parentela fuerint, hereditatem jure succedant et dum virilis sexus exstiterit et hereditas ab inde sit, femina non haereditetur.

Die äußerst mangelhaften Anordnungen dieser Stellen haben den bisherigen Theorien wenig Unterstützung gewähren können. Wasserschleben[21] beruft sich für seine Theorie zunächst auf die Aehnlichkeit dieser Bestimmungen mit denen des Sachsenspiegels. An sich würde nun den obigen Ausführungen gemäß dieser allgemeine Charakter eher das Gegentheil beweisen, aber auch die kurzen Angaben stehen mit dem von W. aufgestellten System in unverkennbarem Widerspruch. Die Scheidung der Descendenten, Ascendenten und Collateralen findet auch hier nicht die mindeste Rechtfertigung. Die für die Seitenverwandten aufgestellte Norm der Berufung wird weiterhin geradezu geleugnet. Denn für die Geschwister eine Ausnahmestellung zu statuiren, reicht hier nicht einmal aus. Die Geschwister der Eltern dürften nicht allein berufen werden, neben ihnen müßten als gleichberechtigt genannt sein die Kinder der Geschwister, die Geschwister der Großeltern u. s. w. W freilich erklärt dieses dadurch, daß man die Berufung der Oheime und Tanten, falls das Erbe sich verbrudert, neben den etwa vorhandenen Geschwisterkindern als jedenfalls eintretend habe betonen wollen. Aber einer solchen Interpretation kann als nur durch das Bedürfniß gegeben und begrenzt keine Beweiskraft zugemessen werden. Endlich ist auch nicht abzusehen, daß der Plural „de illis generacionibus“ der Bevorzugung der einzelnen Parentel entgegenstehe, um so weniger als in

---

21) Wasserschleben a. a. O. S. 37ff.

der übereinstimmenden Stelle die Ausdrucksweise „quicumque proximiores in parentela fuerint" für jene Annahme zu sprechen scheint. Neben diesen Inkonvenienzen sind aber positive Momente, welche für jenes von W. aufgestellte Prinzip sprächen, in jenen Quellenstellen nicht zu entdecken.

Seinem verschiedenen Standpunkte gemäß geht Siegel[22] von einer ganz anderen Seite an die Erklärung dieser Stelle. Wenn, sagt er, die Gesetze nach namentlicher Aufzählung bestimmter Verwandten fortfahren et deinceps usque ad quintum genuculum qui proximiores fuerint — so ergiebt sich, daß schon unter den namentlich Bezeichneten Verwandte bis zu einem gewissen genuculus verstanden sind und von diesen aus gezählt die übrigen usque ad quintum genuculum für erbberechtigt erklärt werden. Wie plausibel das auch auf den ersten Blick erscheinen mag, so ist doch diese Argumentation ganz unhaltbar. Denn wir haben in allen betrachteten Quellen die Methode gefunden, die näheren Verwandten bis dahin namentlich aufzuführen, wo eine allgemeine Regel geltend wurde. Auch könnte ja Siegel's Erbfolgeordnung auf diese Weise gar nicht verständlich ausgesprochen sein. Denn allein und absolut erscheint ja auch ihm die Gradesnähe nicht maßgebend, die von ihm getroffene Unterscheidung des engeren und weiteren Verwandtenkreises könnte doch so nicht ausgedrückt werden. Selbst für die Seitenverwandten allein lassen sich jene Worte nicht auf die Fortsetzung einer Gradeszählung im Siegel'schen Sinne beziehen. Denn gleich die ersten beiden berufenen Klassen erschöpfen die nach jenem Systeme begründete Legitimation keineswegs und es muß hier ebenfalls zur Aufstellung von Ausnahmen und zu der Behauptung gegriffen werden, daß die Eltern-Geschwister nur beispielsweise und neben anderen berufen aufgeführt werden. Also jenen Systemen gegenüber scheinen auch die dürftigen Quellenaussprüche zu genügen, um dieselben zu negiren. Um aber möglicherweise ein anderes Prin-

22) Siegel a. a. O. S. 19ff.

zip in denselben ausgedrückt zu finden, ist zunächst darauf hinzuweisen, daß bei den nothdürftigen Andeutungen auch auf die selbstverständliche Ergänzung gerechnet ist. Darum sind z. B. neben den weiblichen die entsprechenden männlichen Erben nicht immer genannt. Ebenso wird sich noch zeigen, daß die Eltern überhaupt nicht genannt werden, ohne daß an ihre Ausschließung zu denken ist. Um so mehr darf dieses wie anderswo so auch hier für den selten zur Verwirklichung kommenden großväterlichen Erbanspruch wohl vorausgesetzt werden. Nehmen wir aber die Großeltern als Erben hinzu, so folgen Kinder, Eltern, Geschwister, Großeltern, Eltern-Geschwister und nach diesen „quicumque proximiores in parentela usque ad quintum genuculum.“ Die frappante allgemeine Uebereinstimmung dieser Reihenfolge mit der in allen verwandten Rechtsquellen gefundenen kann nicht verkannt werden. Ob die liberi alle Grade der Descendenten bezeichnen, läßt sich nicht ohne Weiteres und mit Bestimmtheit behaupten. Auch ist die Durchführung der zweiten Parentel nicht verbürgt, aber wir haben oben erkannt, daß hierdurch das herrschende Grundprinzip nicht berührt wird. Die Linien folgen wie in allen verwandten Quellen getrennt nach einander, in ihnen gilt der Vorzug der Gradesnähe und in weiterer wörtlicher Anschließung folgen den Geschwistern der Eltern die proximiores usque ad quintum genuculum d. h. überall die Nachkommen der Genannten, die Mitglieder der dritten Parentel bis zu der nämlichen Verwandtschaftsgrenze. Die nämliche Gliederung des Verwandten-Cyklus dürfte demnach der allgemeinen Vorstellung vorschweben und das Prinzip abgeben, welches den obigen Quellenaussprüchen eine rationelle Begründung verleiht und durch die naturgemäße Uebereinstimmung mit allen anderen germanischen Stammesrechten das gewonnene Resultat in seiner allgemeinen Giltigkeit auch für das Gebiet dieser Quellen bestätigt.

Die Beschaffenheit anderer Volksrechte macht es freilich schwieriger, einen solchen Anschluß zu erzielen. Denn die l. Sax.[23] er-

23) L. Sax. 41, 42, 44, 46, 47.

wähnt nur das Erbrecht der Kinder und den Vorzug der Männer. Welche die nächsten proximi heredes sind, bleibt demnach völlig ungewiß. Denn auch die Anordnungen über die Zuertheilung der Vormundschaft bieten dafür keine weiteren Aufschlüsse. Obgleich das Erbrecht nur mittelbar betreffend, sind doch die Aussprüche des friesischen Rechts etwas klarer. L. Fris. XIX, 2 lautet:

> Si quis fratrem suum occiderit, solvat eum proximo heredi sive filium aut filiam habuerit aut si neuter horum fuerit solvat patri suo vel matri suae vel fratri vel etiam sorori suae, quod si nec una de his personis fuerit, solvat eum ad partem Regis.

Die Aufzählung dieser „sechs verwandten Hände" will den Kreis der Blutsfreunde natürlich nicht erschöpfen. Wie die Erbschaft weiter deferirt wird, läßt sich daraus an sich nicht erkennen. Aber doch tritt auch hier die Linientrennung hervor, es folgen nicht allen Descendenten sämmtliche Ascendenten und eben so wenig ist die als naturgemäß hingestellte Trennung in einen engeren und weiteren Verwandtenkreis hier anerkannt. Für die Berufung der Seitenverwandten speziell wird nur die Ausnahmestellung der Geschwister von neuem gefordert. Wahrscheinlicher möchte es demnach wohl auch hier sein, daß nach obiger Analogie das Erbe in den einzelnen Linien bis zu einem gewissen Grade deferirt wurde und daß die Parentelenordnung wenn auch nicht das durchgreifend herrschende so doch das allgemeine Grundprinzip bildete.

Die fragmentarischen Bestimmungen des thüringischen Rechts sind wesentlich darauf gerichtet, die Ansprüche der männlichen und weiblichen Blutsfreunde zu sondern. Demnach wird nur angeordnet, daß dem Sohne das ganze Erbe zufallen soll, ihm folgt in die Grundstücke der proximus paternae generationis, die mancipia und pecunia kommen an die Tochter, Schwester oder Mutter. Fehlen diese, so wird der proximus paternae generationis Erbe ex asse, jedoch nur usque ad quintam generationem, dann treten

die entsprechenden weiblichen Verwandten ein, „hereditas ad fusum a lancea transeat.[24]

Hier ist nun die quinta generatio abermals als Grenze der Verwandtschaft bemerkenswerth. Unter derselben hat man die fünfte Parentel verstanden. Gaupp[25] stützt diese Annahme auf den Umstand, daß bei den meisten Völkern sich frühzeitig eine gewisse Beschränkung der Seitenverwandtschaft auf die Abstammung von einem bestimmten Stammvater ausgebildet habe, so daß alle diejenigen, welche erst durch einen entfernteren Stammvater mit dem Verstorbenen zusammenhingen, gar nicht mehr für Verwandte desselben gegolten hätten. Dieses haben die bisher betrachteten Stammesrechte, besonders die nordischen, entschieden bestätigt, aber auch dann wird diese Ausdrucksweise mit unserer Anschauung zu vereinigen sein, wenn wir dem Sprachgebrauche anderer Quellen analog hier darunter den quintus genuculus, das 5te Glied innerhalb einer Parentel verstehen. In der Berufung der „proximi paternae generationis“ würde dann die Lineal-Gradualfolge zur Verwirklichung kommen. Wasserschleben[26] will freilich unter diesen nur Seitenverwandte verstanden wissen. Aber keineswegs ist, wie er als Grund angiebt, die Ausdehnung der Descendenz in infinitum so sehr in der inneren Nothwendigkeit begründet, daß dieselbe überall hätte anerkannt werden müssen, und eben so wenig mußte jeder Ascendent nothwendig als Vermittler und Quelle wahrer Blutsfreundschaft gelten. Denn die obigen Quellen führen dagegen den bestimmtesten Gegenbeweis. Ferner ist es doch auch nur eine Umschreibung seines Systems, wenn W. seine Berechnung der Seitenverwandtschaft damit rechtfertigen will, daß nur mit der successiven Entfernung des Erben vom gemeinsamen Stammvater eine wachsende Abschwächung stattgefunden habe, so daß die Entfernung des Erblassers von demselben gleichgiltig gewesen sei. Darum bleiben, wie oben ausgeführt,

---

24) L. Angl. et Varin. I.

25) Gaupp, Gesetz der Thüringer S. 344 ff.

26) Wasserschleben a. a. O. S. 41 ff.

die inneren Gründe wie die positiven Quellenzeugnisse unverändert bestehen.

Ausreichendere Belehrung sollte von dem reicheren longobardischen Volksrechte erwartet werden. Wirklich verbreiten sich auch zwei Stellen ausführlicher über die vorliegende Frage. Von den Anordnungen über den Vorzug des Geschlechts- und andere hier nicht näher zu erörternde Fragen abgesehen, enthält die wesentlichste Bestimmung das ed. Roth. 153: (De gradu cognationum) Omnis parentilla usque in septimum genuculum numeretur, ut pareus parenti per gradum et parentilla heris succedat; sic tamen ut ille qui succedere vult nominatim unicuique nomina parentum antecessorum suorum dicat. Et si intentio fuerit contra curtis Regis, tunc ille qui querit preveat sagramentum cum legitimus sagramentalis suos; dicant per ordinem quod Parentilla nostra sic fuit, et ille sic nobis fuerunt parentes quomodo nos dicimus.

Die Anwendung dieser Norm enthält die hingehörige Note. Petre te appellat Martinus quod tu tenes sibi malo ordine terram, quae jacet in loco tali. Ipsa terra, de qua tu dicis, mea propria est de parte Dominicis parentis mei. Et tibi quid pertinet ad requirendum? De parte ipsius. Tunc interroga ipsum qui tenet, quomodo fuit suus parens. Marcoardus proavus suus fuit consobrinus de proavo meo, et fuerunt in tertio gradu. Avus meus et avus illius in quarto. Pater meus et pater illius in quinto. Ego et ille in sexto. Interroga similiter illum qui pulsat. Avus meus et avus suus fuerunt fratres et fuerunt secundo gradu. Pater meus et pater suus in tertio. Ego et ille in quinto (l. quarto). Et cum fuerit nominata haec parentela, interroga eum qui tenet, si potest probare quod plus proximus sit. Si non potest probare probet ipse qui appellat. Et si ipse non potuerit, juret ipse qui appellatus est cum suis sacramentalibus, quod plus proximus sit, et habeat ipsam terram.

Diese Stellen sind bereits durch Homeyer mit den vorstehenden

Quellenzeugnissen und Resultaten in Einklang gebracht.[27] Denn im Anhange an die Erklärung des Sachsenspiegels ist bereits von ihm hervorgehoben worden, daß hier parentela ein Stammoberhaupt mit seinen Descendenten begreife, so daß in einer Familie mehrere solcher neben einander stehen könnten. Unter dieser anerkannten Voraussetzung dürfte dann in den Worten per gradum et parentelam das Prinzip der Erbfolge wohl deutlich ausgesprochen liegen. Daß gradus voransteht, ist dabei gewiß ebenso unwesentlich als die Bestimmung der l. Li III, 17, welche nach den Söhnen die proximos parentes per gradum beruft. Denn der Grad wird doch immer nur innerhalb eines allgemeinen Systems maßgebend und dieses ist hier eben die zu Grunde liegende Parentelenordnung. Wichtiger wäre der von W.[28] hervorgehobene Umstand, daß die Erbprätendenten verpflichtet wären, nur ihre Vorfahren zu nennen, die Zahl der Glieder zwischen dem Erblasser und dem gemeinsamen Stammvater also irrelevant sei. Aber dagegen kann nur mit Homeyer wiederholt werden, daß nothwendigerweise einer dieser Vorfahren auch Stammvater des Erblassers war, daß zu dem Ende dieses Abstammungsverhältniß selber mit den etwaigen Mittelgliedern zwischen dem gemeinsamen Stammvater und dem Erblasser, m. a. W. die Parentel, zu welcher der Prätendent sich zählte, entweder unbestritten sein oder nachgewiesen werden mußte und daß ein solcher Nachweis auch in der citirten Formel unternommen wird.

Darum kann es auch nicht mit Siegel[29] als eine durch letzteres Gesetz wie durch den Inhalt und die Sprache der angeführten Note bestätigte Wahrheit angesehen werden, daß parentela nichts als Seitenverwandtschaft oder Verwandtschaft im Allgemeinen bedeute und per gradum et parentelam = per gradum parentelae succedere erben nach der Nähe des Verwandtschaftsgrades bedeute. Halten wir ferner mit Homeyer die Ueberzeugung fest, daß nach

27) Homeyer a. a. O. S. 13.
28) Wasserschleben a. a. O. S. 4 ff., 44 ff.
29) Siegel a. a. O. S. 35 ff.

der in der Formel ausgesprochenen Berechnungsart auf beiden Seiten gezählt, die Entfernung des Erblassers von dem gemeinsamen Stammvater festgestellt wird und immer nur die in Betracht kommen, welche den gemeinsamen Stammvater auch als den allen nächsten haben, so kann die Behauptung Siegel's nicht zugegeben werden, daß der Erbanspruch einzig nach der Zahl der Generationen oder Grade bestimmt werde, welche von dem Erblasser oder einem Erbprätendenten bis zu demjenigen gezählt werden, von welchem die Verwandtschaft beider ausgeht.

Mit der größeren Ausführlichkeit des westgothischen Rechts erscheinen auch die Anordnungen über die Erbfolge zulänglicher. Denn l. Wisig. IV, 2c 1—3 bestimmt: Si pater vel mater intestati decesserint, tunc sorores cum fratribus in omni parentum facultate absque alio objectu aequali divisione succedant. In hereditate illius, qui moritur, si intestatus decesserit, filii primi sunt. Si filii desunt, nepotibus debetur hereditas. Si nec nepotes fuerint, pronepotes ad hereditatem vocentur. Si vero qui moritur nec filios nec nepotes seu patrem vel matrem relinquit, tunc avus aut avia hereditatem sibimet vindicabit. — Quando supradictae personae desunt, quae aut de superiori aut de inferiori genere veniunt, tunc illae personae quae sunt a latere constitutae requirantur, ut hereditatem accipiant defuncti qui intestatus decesserit. Nam illae personae, quae sunt a longioribus constitutae, nihil se existiment illis prioribus posse repetere.

Der durch den allgemeinen Charakter dieses Stammesrechts begründeten Erwartung, auch hinsichtlich der Successionsfolge hier fremden und veränderten Normen zu begegnen, wird hier entsprochen, indem die testamentarische Erbfolge sogar als die Regel erscheint, die national tief begründete Rücksicht auf das Geschlecht vollständig verschwunden ist und die römische Computation herrschend geworden ist.[30] Auch die Reihenfolge der Erben ist von der in allen ver-

30) L. Wisig. IV, 2c. 1—3, c. 11.

wandten germanischen Stammesrechten vorgeschriebenen sehr verschieden. Descendenten, Ascendenten und Collaterale folgen hier getrennt nach der Gradesnähe, ob die zweiten über die Großeltern hinaus allein oder in Concurrenz mit den Seitenverwandten erben, läßt sich nicht bestimmt entscheiden und mochte dem Gesetze den faktischen Lebensverhältnissen gegenüber wohl unwesentlich erscheinen. In diesen Normen will nun Wasserschleben[31] das Prinzip der deutschen Erbfolge vorzugsweise klar und deutlich ausgesprochen finden. Aber die Verwirklichung des Systems, welches er als national aufstellt, ist auch hier nicht zu erweisen. Denn die Aufeinanderfolge der verschiedenen Descendentengrade bildet kein wesentliches Kriterium dafür, daß alle Ascendenten nachrücken, und die eigenthümliche Berechnung der Seitenverwandtschaft ist ebenfalls durch nichts verbürgt. Auch Siegel[32] muß darauf verzichten, durch jene Sätze seine Theorie zu stützen. Somit entspricht es gewiß allen Umständen am besten, die Erbfolgeordnung des westgothischen Rechts als eine besondere anzusehen, welche durch ihren fremden und modernen Charakter auf ein anderes ursprüngliches nationales System hinweist.

Neben dem Mangel irgendwie ausreichender Bestimmungen des Volksrechtes der Alamannen läßt auch das der Baiern[33] nur Schlüsse aus der Verwandtschaft mit dem westgothischen Rechte zu. Denn nach Nennung der nächsten Blutsfreunde wird ganz allgemein die Nähe der Verwandtschaft als maßgebend hingestellt ohne bestimmten Aufschluß, in wie weit eine Uebereinstimmung mit der verwandten l. Wisig. stattfand.[34] Die konkreten Einzelbestimmungen des burgundischen Rechts verbürgen auch nur eine fortbestehende nationale Basis. Das Geschlecht behauptet hier noch eine ausgedehnte Wirkung, aber sonst sind die Anordnungen durchgreifend kasuistisch und schwankend. Kinder und Enkel, Geschwister und Eltern

---

31) Wasserschleben a. a. O. S. 39 ff.

32) Siegel a. a. O. S. 15 ff.

33) L. Al. 5 f., 91; l. Baj. XIV, 6, 7 cc. 1, 3, 8 c. 1; 9 c 1, Kinder, Enkel, nach diesen propinqui, quicumqne parentes, bis zum 7ten Grade.

34) Vergl. l. Baj. XIV, 1 c. 4 mit l. Wisig. IV, 2 c 11.

werden genannt,[35] ob die ganze Descendenz gemeint ist, bleibt unentschieden und ebenso ist die Berechtigung der Ascendenten eine wechselnde und sogar gekünstelte. Wie endlich die nach den Geschwistern genannten proximi parentes bestimmt werden, läßt sich nicht errathen.

Wie demnach die Volksrechte nur durch Analogie und Vergleichung ein Resultat zu liefern scheinen, so kann auch nur die gesammte Untersuchung den Sinn des kurzen taciteischen Berichts kommentiren: c. 20 Heredes tamen successoresque sui cuique liberi, si liberi non sunt, proximus gradus in possessione, fratres, patrui, avunculi. Der Wortlaut dieser Stelle dürfte zunächst die Aufforderung enthalten, den gradus als entscheidend anzusehen. Aber selbst die kurze Aufzählung rechtfertigt dieses Prinzip nicht. Denn abgesehen davon, ob die Descendenten überhaupt vorgehen, schließen nicht allein die Geschwister alle übrigen Blutsfreunde zweiten Grades aus, sondern besonders müßten, wenn nach Graden gerechnet würde, nach römischer Computation die Geschwisterkinder neben den Geschwistern der Eltern stehen, und nach deutscher Zählung müßten auch noch die Elterngeschwisterkinder hinzukommen. Den beiden bekämpften Systemen steht diese Reihenfolge gleichmäßig fern und auch die Lineal-Gradualfolge kann aus derselben an sich nicht gefolgert werden. Dennoch liegt auch diesem knappen Berichte nicht Willkür, sondern eine tiefe Erkenntniß zu Grunde. Zur näheren Aufklärung möchte aber wohl die obige Wahrnehmung dienen können, daß die skizzirende Darstellung den Erbanspruch der Eltern als selbstverständlich und aus demselben Grunde oder als ungewöhnlich auch den der Großeltern nicht besonders hervorhob. Sind diese aber auch hier einzureihen, so stehen nach einander Kinder, Eltern, Geschwister, Großeltern, Eltern-Geschwister. In dieser Ordnung ist

35) L. Burg. XLII, 1, 2; LVI, 1, 2; LXXIV; XIV, 1, 2; LXXV; LIII; LV; LXVI, 2; LXXXV, 2; nach diesen folgen die Söhne und mit Repräsentationsrecht die Sohnessöhne, die Töchter und mit ihnen für gewisse Fälle Enkel und Enkelinnen von Söhnen, die parentes ex paterno genere venientes, zunächst die sorores vel propinqui parentes, zugleich mit ihnen die Mutter, welche ursprünglich auf den Nießbrauch beschränkt war.

aber eine Uebereinstimmung mit den meisten der betrachteten Stammesrechte nicht zu verkennen, denn auch diese hoben die Genannten in derselben Folge, wenn auch nicht überall allein, hervor und ließen dann die ferneren Glieder der dritten Parentel nach den Graden folgen. Wenn nun auch speziellere Normen nicht weiter aufgestellt werden können, so scheint doch dasselbe Prinzip der Linientrennung das einzige zu sein, durch welches jene Nachricht in sich begründet und erklärt sowie mit den sonstigen Quellenzeugnissen in Einklang gebracht werden kann.

Bei der so sehr ungenügenden Beschaffenheit der Volksrechte müssen die inneren Gründe und die Vorstellungen von großem Werth und Einfluß gewesen sein, welche die Ausgangspunkte für die einzelnen Theorien gebildet haben. In dieser Beziehung basirte die herrschende Meinung auf der besondern Bedeutung, welche die Germanen dem Blute beigelegt hätten. Zur Bestimmung der Verwandtschaftsnähe sei die qualitative und quantitative Differenz der Consanguinität gemessen, so daß die größere oder geringere Gemeinschaft des Blutes sich als maßgebend erwiesen habe. Die Nächsten seien demnach alle diejenigen, welche den nächsten Stammvater gemeinsam hätten, und unter diesen seien wiederum die einander am nächsten, welche dem Stammvater am nächsten ständen, weil sie dessen Blut am wenigsten unvermischt besäßen. Ohne quellenmäßige Begründung konnte eine solche Theorie als „nur vom natürlichen Standpunkte aus aufgerichtet" leicht Mißtrauen erwecken, und die variirenden unbestimmten Aussprüche der Volksrechte mußten fast zum Widerspruche auffordern. Dazu wurde mit Recht bestritten, daß eine solche Gesammtanschauung in einer anderen Stelle des Tacitus enthalten sei. Dieser berichtet nämlich c. 20: „Sororum filiis idem apud avunculum qui apud patrem honor. Quidam sanctiorem arctioremque hunc nexum sanguinis arbitrantur, et in accipiendis obsidibus magis exigunt; tamquam ii et animum firmius et domum latius teneant. In der That würde ja auch dieser Satz wörtlich verstanden für jene Ansicht zu viel beweisen. Ueberhaupt wollen diese vielgedeuteten Worte nicht ein bestimmtes

Rechtsverhältniß aussprechen, sondern der Schriftsteller bringt dem Zusammenhange gemäß die Innigkeit der Familienbande in drastischer Form und an einem Beispiele zur Erscheinung. Auch während der Ehe blieben nämlich die eigenen Blutsfreunde der Ehefrau und ihren Kindern schützend zur Seite. Diese Fürsorge, wo die Thätigkeit des Vaters fehlte, lag den Verwandten als streng gebotene moralische Pflicht ob; es stand ihnen dabei nicht das strenge Recht und die Selbständigkeit des Vaters zur Seite, sie waren vielmehr der übrigen Familie verantwortlich und deshalb konnte in einem einzelnen Falle wie in dem vorliegenden die Verpflichtung und die Garantie für ihre Verwirklichung in der Hand des Oheims verstärkt erscheinen. Die dürftigen Mittheilungen des geschriebenen Rechts waren außerdem, wie erkannt, durchaus ungeeignet, die Verwirklichung einer solchen Successionstheorie zu erweisen.

Mit Verwerfung dieser Construktion war dann zugleich das Bestreben darauf gerichtet, nach einem anderen durchgreifenden Prinzip ein einheitliches System aufzurichten. Diese Versuche abstrahirten im Allgemeinen von innerlich begründeten nationalen Anschauungen. Aus den dürftigen variirenden Quellenzeugnissen und der Natur der Sache wurden generelle Classificirungen der Blutsfreunde abgeleitet und für die besonderen Arten der Verwandtschaft besondere Berechnungsarten statuirt. Aber wir sahen, daß es diesen verschiedenen Theorien nicht allein an den nöthigen Beweisgründen fehlte, sondern daß dieselben von den ausführlicheren Quellenzeugnissen widerlegt wurden und selbst mit den fragmentarischen Gesetzesvorschriften unvereinbar erschienen.

Diesen Systemen sowie der in die angegebene Doktrin gekleideten Parentelenordnung gegenüber ging unsere Darstellung von der Anschauung aus, daß wie die Rechtsinstitutionen überhaupt, so auch die Erbfolgeordnung an den konkreten Zuständen und Lebensverhältnissen beobachtet und geprüft werden müssen. Daß nun in einem Gemeinwesen und bei einem Volke, wo das Zusammen-Stehen und Handeln so oft und so dringend verlangt wird, die äußere Gliederung des Verwandtenverbandes empfunden und berücksichtigt

wurde, konnte wohl erwartet werden. Denn überall, wo die Familie über den engeren Kreis hinaus ihre Zusammengehörigkeit und einheitliche Existenz behauptet, tritt bis auf den heutigen Tag die faktische Trennung nach Häusern als kleineren Kreisen innerhalb des Gesammtverbandes im Besitzthum, Namen und Geschlechtszeichen hervor. Erschien aber wirklich die Vorstellung von der engeren Verbindung des jemaligen Stammhauptes mit seinen Nachkommen natürlich und entsprechend, so war damit auch die allgemeine Norm gegeben für die Bestimmung der Verwandtschaftsnähe wie für die Vertheilung der verwandtschaftlichen Rechte und Pflichten. Aber es bedurfte dabei zugleich der Erwägung, daß in letzterer Hinsicht auch andere Rücksichten und Motive mitwirkend und normgebend sind. Zum Beweise dafür brauchte nur auf die Vertheilung der Alimentationspflicht, den Empfang und die Entrichtung des Wergeldes, die Uebertragung der Vormundschaft, des Verlobungsrechtes u. drgl. m. hingewiesen zu werden. Dasselbe mußte aber für die Normirung der Successionsfolge gelten. Neben der besonderen Berücksichtigung des Geschlechts, der Erbschaftsobjekte u. s. w. konnten sehr wohl bestimmte Verhältnisse auch die unbedingte Durchführung des Verwandtenbildes bei der Erbfolge beschränken und modificiren. Es entspricht durchaus dem Geiste altgermanischen Wesens und Rechtes, daß die maßgebende spezifisch nationale Anschauung unmittelbar den konkreten Lebensformen und faktischen Verhältnissen entnommen wird und deshalb in ihrer näheren Ausführung sich den jedesmaligen sachlichen Momenten anpaßt und fügt. Möglich war es deshalb, daß zum Schutz vor Vermögenszersplitterung, daß in Rücksicht auf Zweckmäßigkeit und auf die regelmäßigen Fälle des praktischen Lebens, daß selbst aus nicht zu ermittelnden Veranlassungen in den einzelnen Linien die Gradualfolge nicht ausschließlich und vollkommen zur Geltung kam. Aber die Gliederung nach getrennten Linien und der Vorzug des Grades innerhalb dieser bildete doch stets das allgemeine Grundprinzip, und dieses System allein und nur in dieser Fassung vermochte den Raum zu bieten für die Begründung und Erklärung der mannigfachen Abweichungen und

Verschiedenheiten und sich deshalb mit den gesammten Quellenaussprüchen in Einklang zu erhalten.

So will es denn scheinen, als ob auch hinsichtlich der behandelten Frage eine zu allgemein konstruirende abstrakte Theorie die richtige Erkenntniß und Beurtheilung erschwere, als ob auch für die verfolgte Aufgabe die Quellen weniger an der Hand einer strengen Doktrin als auf dem Boden des realen Lebens betrachtet werden, die Resultate an der Gesammtheit der bedingenden Verhältnisse und Zustände geprüft werden müßten und als ob endlich mit dieser Maßgabe der früher und auch jetzt noch allgemeinen Meinung von der germanischen Successionsfolge und deren Prinzip eine bleibende Herrschaft vindicirt werden könnte.

VIII.

Zur Lehre von der Evictionsleistung.

Von E. J. Bekker.

Uebersicht.

Wo die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung in Frage kommt, liegt ein Zusammenstoß zweier Rechte von verschiedener Art vor. Die Folgen solches Conflicts sind von den Römern fein und scharf aus allgemeinen Grundregeln hergeleitet worden. Dieser mehr der ratio juris als Nützlichkeitsrücksichten folgenden Behandlung der Frage wegen sind die einschlagenden Quellenzeugnisse von beson-

derem Werthe für Ergründung des Wesens der collidirenden Rechte. Dennoch ist in unserer Literatur die Lehre nicht gerade mit Vorliebe durcharbeitet worden. So lange die exegetische Methode herrschte, bekamen die nicht kurzen Digesten- und Codextitel de evictionibus ihre fragmentarischen Erläuterungen, so gut und so schlecht wie die andern nicht für unpraktisch erklärten Stücke des Corpus Juris; wobei die Lehre zu keiner systematischen Abrundung kam, und manche der schwierigsten Stellen ohne genügende Erörterung blieben. Später sind einzelne Fragen, nicht immer die wichtigsten, wie die nach der Wirkung des pactum de evictione non praestanda und nach der Entwährung von Realservituten, mit Lebhaftigkeit verhandelt; übrigens geht die Lehre ziemlich unverändert aus einem Lehrbuch in das andere über. Die Ehre monographischer Behandlung hat ihr nur einmal zu Theil werden sollen (K. O. Müller, die L. des Röm. Rs. v. d. Eviction, Th. I. Halle 51), und unschwer wird man sich trösten, daß dieser Versuch nicht vollendet worden ist.

Die Vernachlässigung ist wol nicht rein zufällig. Die Theorie von der Evictionsverbindlichkeit ist noch gegenwärtig zweifellos von praktischer Bedeutung und, wie alle neueren Gesetzbücher und Gesetzbuchsentwürfe bekunden, dem heutigen Rechtsbewußtsein unentbehrlich. Und doch befinden wir uns hier in einem gewissen Gegensatz zu den Römern; die consequente Durchführung der Evictionsklagen fordert wieder und wieder das Deutsche Billigkeitsgefühl zum Widerspruch heraus. Unser Gefühl wird verletzt durch den Nachtheil, der den gutgläubigen Erwerber trifft; wir können Besorgnisse für die Sicherheit des Verkehrs und das hieraus resultirende allgemeine Vertrauen nicht unterdrücken; und wenn wir gleichwol der durchschlagenden Richtigkeit des Satzes nemo plus juris etc. uns nicht erwehren mögen, so helfen wir uns für den Augenblick so gut es gehen will, ohne uns eben der Klarheit unserer Anschauungen und der inneren Consequenz des Rechts, das wir zur Geltung bringen, berühmen zu dürfen. Die Lehre von der Evictionsleistung hat vielleicht von dieser Deutschen Antipathie gegen die Evictionen mitzuleiden

gehabt; unleugbar, daß sie für das gegenwärtige Recht nicht zum Abschluß kommen kann, so lange die Lehre von den Evictionen selber nicht feststeht. Ebenso gewis aber, daß unser heutiges Recht, so weit es auf diese Fragen sich bezieht, Römisches Ursprungs ist, und daß auch unser Recht der Zukunft der Römischen Grundlage nicht wird entrathen können.

In meiner Inauguraldissertation de evictione citra stipulationem praestanda (Berl. 49) bin ich der herrschenden Lehre von der Evictionsleistungspflicht in manchen nicht unerheblichen Punkten entgegengetreten. Die Dissertation hat das Schicksal fast all ihrer Schwestern getheilt, sie ist so gut wie ganz unberücksichtigt geblieben. Ich beklage dies keineswegs, und würde auch die eingehendste Beachtung nicht mit der Verpflichtung nun auch meinerseits alle Inauguraldissertationen zu lesen erkaufen mögen. Noch jetzt aber halte ich das meiste von dem was ich früher behauptet für richtig, und manches für wichtig genug um es hier mit allerlei Zugaben, aber auch nicht ohne Abzüge der öffentlichen Prüfung vorzulegen. Eine vollständige Darstellung der Lehre beabsichtige ich nicht zu geben, nur die Grundzüge, und von den Details was gerade ich glaube in helleres Licht setzen zu können.

Falsch ist die Meinung, es sei die Evictionsleistungspflicht eine Eigenthümlichkeit des Kaufs, oder doch aus Eigenthümlichkeiten dieses Geschäfts hervorgewachsen und später auf andere Geschäfte übertragen. Unterstützt wird diese Meinung dadurch, daß man in den Pandekten den Titel de evictionibus zu den andern Titeln vom Kauf gestellt sieht. Auch kann die Auffassung jetzt kaum als herrschend gelten, wenig Juristen werden sich ausdrücklich zu ihr bekennen; aber in der ganzen Art und Weise der Behandlung und bei vielen Einzelheiten wirkt alter Irrthum nach. — Im engen Zusammenhange damit steht eine andere falsche Anschauung. Die Evictionsleistungspflicht wird noch jetzt ziemlich allgemein gedacht als eine besondere neben der eigentlichen Leistungspflicht des Verkäufers stehende: der Verkäufer solle leisten einmal, tradere, dann zweitens Gewähr leisten für Eviction, praestare ut habere liceat.

Dies sagt mit besonderer Schärfe Duarenus, ad T. VIII 45 C. de evict., ad rubr.:

in caeteris vero contractibus, in quibus tradere tantum non dominium transferre quis cogitur, ex ipso contractu evictionem non debet, sed si tradiderit ex ipso contractu liberatur, quia solvit quod debet, verum si rem traditam habere non licet, ex bono et aequo et ex nova causa actio de evictione datur.

Minder schroff aber doch ähnlich stellen die neuesten Lehrbücher die Sache dar:

Arndts Pand. § 303: Der Verkäufer ist nicht nur verpflichtet dem Käufer die Sache zu überliefern, er haftet auch dafür daß derselbe sie kraft des Kaufes behalten könne (ut emtori rem habere liceat); er muß ihm daher Ersatz leisten, wenn sie ihm durch einen andern rechtlicher Weise abgestritten (evincirt) wird.

Brinz Pand. § 113. Durch Abschluß des Kaufcontracts verpflichtet sich der Verkäufer

a) zur Tradition

b) zur Gewährschaft (Prästation) α, wegen Eviction u. s. w.

Im wesentlichen scheint auch Müller a. a. O. diese Anschauungen zu theilen,

die Eviction ist die Thatsache der Rechtsgrund und die Bedingung des Regreßanspruchs wegen Entwährung gegen den Vorgänger, (S. 91)

und wenn auch stellenweis eine richtigere Auffassung hindurchblickt, z. B. in den Worten,

weil die Regreßklage des Empfängers wegen Eviction sich auf den rechtlichen Gesichtspunkt der Nichterfüllung des Vertrages gründet,

so ist diese doch so wenig klar ausgesprochen und consequent durchgeführt, daß von ihm eine Berichtigung der gewöhnlichen Doctrin nicht zu erwarten steht.

Ueberall wo eine Evictionsleistungspflicht besteht, hat die Eviction des Geleisteten die Bedeutung, daß sie den Schein zerstört als ob die geschehene Leistung Erfüllung der dem Leistenden obliegenden Verbindlichkeit gewesen wäre. Die Eviction die propter vitium in jure auctoris und übrigens in solcher Weise erfolgt ist, daß auch der auctor sie als rechtsbeständig gelten lassen muß, beweist daß der Auctor was er zu leisten hatte nicht geleistet hat; woraus denn ohne weiteres folgt, daß er dasselbe noch zu leisten hat. Die Klage wegen Eviction ist die Klage wegen Nichtleistung, auf Leistung. Die Eviction ruft keine neue Klage ins Leben, sondern beseitigt nur das Hindernis, den Schein der Erfüllung, der eine Zeit lang der Anstellung der ursprünglichen Klage auf Erfüllung im Wege stand.

Das Rechtsverhältnis nach durchgeführter Eviction läßt sich daher dem Rechtsverhältnis bei eingetretener Mora des Schuldners vergleichen. Hier wie dort hat der Schuldner was er zu leisten hatte nicht geleistet, hat also noch zu leisten. Und zwar hat er zu leisten was er ursprünglich zu leisten hatte, doch nicht unverändert. Im Fall der Mora hat er nicht geleistet zu der Zeit da er zu leisten hatte; er hat nun nachträglich dem Gläubiger soviel zu gewähren, wie dieser haben würde wenn er, Schuldner, rechtzeitig geleistet hätte. Im anderen Falle hat der Schuldner auch zu der Zeit wo er zu leisten hatte die geschuldete Leistung nicht gemacht, er hat aber zudem unter dem Scheine der schuldigen Leistung eine andere Leistung gemacht, die er nicht schuldete; dadurch hat er dem Gläubiger einen gewissen nicht geschuldeten Vortheil gewährt, zugleich aber denselben in die Unmöglichkeit versetzt so lange der Schein richtiger Leistung bestand die wirklich geschuldete Leistung einzufordern, außerdem auch in die Unbequemlichkeiten des Evictionsprocesses ihn verstrickt. Hieraus ergiebt sich um wieviel der Inhalt der geschuldeten Leistung nach durchgeführter Eviction von dem ursprünglichen Inhalte unterschieden sein muß.

Die Richtigkeit dieser Auffassung darzuthun ist die vornehmste Aufgabe der nachfolgenden Ausführungen. Bei den Geschäften auf dare, im technischen Sinne des Wortes, werden nicht viel Zweifel

darüber aufkommen. Was ich behaupte folgt für diese aus den in den Quellen enthaltenen Definitionen:

fr. 167 pr. de R. J. 50, 17: non videntur data, quae eo tempore quo dentur accipientis non fiant.

Gajus III 99, IV 4.

Es fehlt aber auch nicht an directen Bestätigungen:

fr. 29 § 3 de leg. III. si heres tibi servo generaliter legato Stichum tradiderit, isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse quod ita dederat ut habere non possis. et hoc verum puto.

cf. fr. 20, 27, 33, 38 § 3, 72 § 5 de solut. 46, 3.

Für den Kauf muß dieselbe Auffassung als maßgebend angenommen werden:

fr. 3 pr. de A. E. V. (19, 1, Pompon.): ratio possessionis quae a venditore fieri debeat talis est, ut si quis eam possessionem jure avocaverit tradita possessio non intelligatur.

Will man dem Juristen nicht nachlässigen Ausdruck zuschreiben, so wird man das „possessionem jure avocare“ nur von einem Streite aus dem jus possidendi verstehen dürfen: der Käufer war juristischer Besitzer durch Tradition im gewöhnlichen Sinn des Worts geworden, dann ward ihm der Besitz rechtmäßig entrissen, propter vitium in jure auctoris, und nun wird es angesehen als ob ihm gar nicht tradirt worden wäre, woher er zweifellos Tradition, eine gehörige erfolgreiche Tradition nachzufordern berechtigt ist. Dasselbe ergiebt sich aus dem leicht misverständlichen

fr. 33 de evict. (21, 2, Ulp.): si servum emero et eundem vendidero, deinde emptori ob hoc fuero condemnatus, quod tradere non potui evictum, committitur duplae stipulatio.

Die mir bekannten Interpreten (vgl. Müller a. a. O. S. 115) nehmen übereinstimmend an, daß „der erste Käufer vermöge einer gegen ihn durchgesetzten Eviction außer Stand gesetzt sei die verkaufte Sache

zu tradiren." Nach dieser Annahme hätte Ulpian die wesentlichen Momente mit den unwesentlichen verwechselt, und die vorliegende Frage wenn nicht falsch doch schief beantwortet. Denn freilich wäre die duplae stipulatio hier committirt, aber warum? nicht darum „quia non tradere potui evictum", sondern einfach darum, „quia evictus mihi est servus", weil ich selber, dem die dupla versprochen ist, von der Eviction betroffen bin. Sinn bekommen Ulpians Worte nur wenn man annimmt, daß der zweite Käufer der von der Eviction unmittelbar betroffene ist. Ist dem zweiten evincirt („jure avocata possessio"), so ist, analog dem fr. 3 pr. cit., anzunehmen daß die von dem ersten Käufer als zweitem Verkäufer vorgenommene Tradition als solche nicht gilt („tradita possessio non intelligatur"=„tradere non potui evictum"); der zweite Verkäufer ist also von dem zweiten Käufer wegen der Eviction auf Leistung belangt und verurtheilt, und hat dieser Verurtheilung wegen seinerseits die Klage auf die dupla gegen seinen Verkäufer.

Noch eins zur vorläufigen Rechtfertigung:

fr. 13 § 15 de A. E. V.: si fundum mihi alienum vendideris, et hic ex causa lucrativa meus factus sit, nihilo minus ex empto mihi adversus te actio competit. Paulus S. R. II 17 § 8. cf. fr. 84 § 5 de leg. I.

Sicherlich ist bei dieser a. ex empto nicht „die Eviction die Thatsache der Rechtsgrund und die Bedingung des Regreßanspruchs an den Vorgänger." Die a. ex empto besteht weil auch hier nicht geleistet ist was ex empto zu leisten war, eine Tradition die Grund dauerndes Besitzes würde. Mag man den Fall aus der Reihe der Evictionsleistungsfälle streichen, man wird zugeben müssen daß die Entscheidung auf dem Princip beruht, aus dem hier die Evictionsleistungspflicht des Verkäufers hergeleitet wird.

I. Von den Geschäften welche die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung erzeugen.

§ 1 Uebersicht. Der Charakter der Leistung ist maßgebend für die Entstehung der Evictionsleistungsverbindlichkeit. Ist die

Leistung von der Art daß sie durch Eviction zerstört, als Scheinleistung und Nichterfüllung dargestellt werden kann, so hat regelmäßig der Leistende wegen Eviction aufzukommen. Die Gewährschaft ist undenkbar bei den Leistungen die in bloßem Thun bestehen, ebenso bei den Sachleistungen welche durch einmalige Handlung ohne Rücksicht auf die Wirkungen derselben sich erfüllen lassen, restituere und exhibere. Dagegen ist die Eviction zu vertreten überall wo durch die Leistung eine Mehrung des Vermögens des Empfängers bezweckt ist, mag diese in der Bestellung des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte, oder darin bestehen, daß wie bei Kauf und Miethe ein dauernder Vortheil aus einer Sache gewährt werde.

Diese Verschiedenheit der Leistungen scheint in unseren Quellen von Paulus einmal hervorgehoben zu werden:

> fr. 52 § 1 de V. O. 45, 1: si quis vacuam possessionem tradi promiserit, non nudum factum haec stipulatio continebit, sed causam bonorum.

Sicherer ist daß der Ausdruck „auctor" quellengemäß nur auf diejenigen sich bezieht, von welchen eine Leistung der zweiten Art ausgeht.

Zwischen den Leistungen die auf Bestellung dingliches Rechts zielen, und denen, welche ohne Constituirung solches Rechts dauernden Vortheil aus einer Sache gewähren sollen, besteht hinsichtlich des Regresses wider den Auctor ein leicht erkennbarer Unterschied. Bei jenen ist die Nichterfüllung gewis, sobald das Dasein des entgegenstehenden Rechts eines Dritten zu Tage tritt; bei diesen erst wenn das Recht des Dritten ausgeübt, und hiedurch in den factischen Verhältnissen des Empfängers eine Aenderung bewirkt wird. Daß der Verkäufer nur ein habere licere, der Vermiether ein frui licere gewähren sollen, kein bestimmtes Recht, das scheint bei den Römern gerade aus der praktischen Erwägung hervorgegangen zu sein, daß anderes Falls dieselben leicht wegen Nichterfüllung der contractlich ihnen obliegenden Pflichten in Anspruch genommen werden könnten, während thatsächlich der Empfänger von Schaden

nicht betroffen wäre. Aber auch wo es sich um die Bestellung von Rechten handelte, haben die Römer die Verpflichtungen des Auctors nicht auf die Spitze stellen mögen.

Die evincirte Leistung ist keine Leistung. Der Satz gilt nicht blos bei Leistungen die solvendi animo erfolgen, bei Creditleistungen ebenso. Die Wirkungen der Eviction sind hier nicht dieselben, aber entsprechend. Wer zahlen soll und leistet was evincirt wird, hat nicht gezahlt, muß also noch zahlen; wer einen andern durch seine Leistung sich obligiren will, erreicht diesen Zweck nicht wenn das geleistete evincirt wird, er ist aber auch seinerseits nicht zu weiteren Leistungen verpflichtet, falls er nicht auch schon zu der ersten credendi animo gethanen Leistung rechtlich verbunden gewesen. Beispielsweise durch einen Vertrag de mutuo dando, zu dem Darlehn das er gegeben, und das dem Empfänger entwährt worden.

Absichtlich habe ich dies Beispiel gewählt, um dabei noch auf eine Klasse von Leistungen aufmerksam zu machen, bei denen aus besonderem Grunde die Evictionsleistungspflicht nur in beschränktem Maße besteht. Bei den Geldleistungen, wegen der Leichtigkeit des Eigenthumserwerbs an Geldstücken. Nach strengstem Rechte freilich könnte diese von Bedeutung nur sein, wo der Zahlungspflichtige nicht gerade ad dandum verbunden wäre; aber das Römische Recht ist kein so strenges Recht:

> fr. 13 § 1 de R. C. 12, 1: si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris quam eos consumpseris;

aber von dem Augenblick dieser Consumption an bist du mir verhaftet, obwol ich nichts gegeben habe, im strengen Sinn des Worts. Dasselbe muß bei Geldleistungen gelten die Zwecks der Zahlung gemacht werden, z. B. von dem Käufer. So lange der Preis dem Verkäufer noch evincirt werden kann, ist der Käufer evictionsleistungspflichtig; sobald Verkäufer durch Vermischung des fremden mit dem eigenen Gelde das Eigenthum an jenem erworben, ist Käufer frei, obgleich er nihil dedit. Dies Resultat ist um so weniger zu bezweifeln, als auch wo der cui dari oportet das

Eigenthum erst durch Usucapion erwirbt, die Obligation ad dandum erlischt:

fr. 47 § 1 mandati 17, 1: si is qui pro te hominem dare fidejussit alienum hominem stipulatori dederit, nec ipse liberatur nec te liberat; .... sed si stipulator eum hominem usuceperit, dicendum esse, Julianus ait, liberationem contingere.

Die Abweichung von der strengen Consequenz scheint hiernach älteren Juristen nicht unbedenklich gewesen und erst durch die Autorität Julians entschieden worden zu sein. Paullus sagt einfach:

fr. 60 de solut. 46, 3: is qui alienum hominem in solutum dedit, usucapto homine liberatur.

cf. fr. 38 § 3 eod. (Afric.).

Eine Aufzählung aller einzelnen Geschäfte, bei denen Evictionsleistungspflicht besteht, dürfte weder nützlich noch möglich sein, nur einige derselben verdienen nähere Betrachtung.

§ 2. Vergleich. — Theilung. — Zahlung der Litisästimation.

Ueber die Wirkungen der Eviction von Sachen auf die ein Vergleich sich bezieht ist allerlei geschrieben. Jeder Vergleich ist ein Vertrag bei welchem jeder der beiden Contrahenten dem andern gewisse Leistungen zu machen hat; er paßt unter das Schema der Römischen Innominatcontracte, woraus aber nicht zu folgern ist, daß die Theorie des Vergleichs bei systematischer Darstellung in die Lehre von diesen Contracten eingefügt werden müsse. Es ist charakteristisch für den Vergleich, daß die von der einen Seite erfolgende Leistung stets einen Verzicht enthält, auf dingliches Recht oder sonst einen Anspruch; in seltenern Fällen neben dem Verzicht noch anderes. Die Leistung von der andern Seite kann entweder auch aus einem Verzicht bestehen, oder aus anderem in beliebiger Auswahl, oder aus Verzicht und anderem. Soweit die Leistung Verzichtleistung sein soll, kann eine Evictionsleistungspflicht nie angenommen werden, wol aber soweit daneben andere Leistungen aus

dem Vergleich geschuldet sind, je nach der Natur dieser Leistungen. Beispielsweise: A und B nehmen beide das ganze Eigenthum am Grundstück f in Anspruch, das in die Parzellen a und b zerfällt; sie vergleichen sich dahin daß A das Stück Land a, und B das b bekommt, m. a. W. daß A dem B gegenüber auf das Stück b, und umgekehrt dieser auf das Stück a verzichtet; wieviel nachher evincirt werden mag, von Evictionsleistung kann keine Rede sein. Denn was nach dem Inhalte des Vertrags A und B leisten sollten, das haben beide geleistet, und das kann durch keine Eviction ungeschehen gemacht werden. Die Parteien konnten sich aber auch dahin vergleichen: A nimmt ganz f für sich, und giebt dagegen das Grundstück g dem B. Aus diesem Vergleich an sich ergiebt sich wieder betreffs der Sache f keine Evictionsleistungspflicht, sie könnte, wie auch im vorigen Falle, nur durch besondere Verabredung erzeugt werden. Anders steht es mit g; es kommt darauf an, welche Art der Leistung zwischen den Parteien verabredet ist. Hat A übernommen B zum Eigenthümer zu machen, oder doch die Rechte die ein Käufer haben würde ihm zu gewähren, oder wollte er nur das Recht das er selber hatte auf den B übertragen? Ohne besondern Anhalt wird man dies letzte nicht voraussetzen mögen und regelmäßig also eine Evictionsleistungsverbindlichkeit annehmen. — Hiemit stimmen die aus c. 34 de evict. 8, 45 sich ergebenden Resultate überein, im wesentlichen auch Risch (Vergleich S. 203 f.), dessen Auffassung aber nicht ganz scharf ist.

In Gegensatz zur Transaction tritt die Theilung. Denn diese betrachten die Römer als Complex nicht von Verzichten sondern von Uebertragungsgeschäften; jeder einzelne Theilhaber erwirbt seinen Theil von der Gesammtheit, daher alle jedem einzelnen evictionsleistungspflichtig sind. —

fr. 10 § 2 comm. div. 10, 3, c. 1, 7 comm. utr. jud. 3, 38.

Näher steht dem Vergleich die Zahlung der Litisästimation. Man muß sich nicht irren lassen durch zahlreiche Stellen, welche die Litisästimation dem Kauf vergleichen, so

fr. 7 § 1 de Publ. 6, 2, fr. 21 § 2 de evict., 21, 2, fr. 22, 8 § 1, 9 rer. amot. 25, 2, fr. 1, 3 pro empt. 41, 4.

Die Evictionsleistungspflicht des Klägers, der die Litisästimation gezahlt erhält, wie sie hieraus zu folgern wäre, besteht zweifelsohne nicht:

fr. 35 § 2 de R. V. 6, 1, fr. 10 rer. amot.

Die Juristen geben als Gründe hiervon an: „invitum [actorem] res suas vendere," „ex contumacia mulieris id ita accidere," „sibi possessor imputare debet, qui non restituit." Aber die Nothwendigkeit des Verkaufs kann doch das Entscheidende hier nicht sein, da bei andern nothwendigen Verkäufen (verpfändeter Sachen z. B.) Evictionsleistungspflicht eintritt. Ursprünglich war die Leistung der Litisästimation überall kein zweiseitiges Geschäft, wer sie zahlen mußte leistete allein, und bekam nichts dawider, d. h. hatte er die Sache hinter sich, so behielt er sie eben, weil sie ihm nicht genommen wurde, aber er bekam kein Recht an ihr. Dem entwickelten Rechtsbewußtsein widerstrebte dies, ex aequo et bono übertrug man auf ihn die Rechte des Klägers, wenigstens wo er nicht in dolo war. So sagt Papinian fr. 63 de R. V. 6, 1:

audiendus erit a judice si desiderat ut adversarius actione sua cedat ....

cum praetor auxilium quandoque laturus sit ....

debet adjuvari ....

was alles darauf hindeutet, wie der Zahlende kein eigentliches Recht hatte, vielmehr nur billigkeitshalber ihm von den processualischen Gewalten geholfen wurde. Aber diese Billigkeit durfte nicht in Unbilligkeit wider den Empfänger umschlagen, was der Fall gewesen wäre wenn man ihn verpflichtet hätte, mehr als was er selber von Recht hatte, bei diesem unfreiwilligen Quasiverkauf dem andern Theile zu gewähren.

§ 3. In solutum datio. Diese scheint einer doppelten Auffassung unterlegen zu haben. Entweder sie ist von der einen Seite datio einer nicht geschuldeten Sache, von der andern Seite Annahme derselben statt einer geschuldeten und damit Aufhebung

der auf diese gehenden Forderung. Nach dieser Auffassung wäre die Eviction desjenigen das in solutum gegeben ist, der Eviction eines Stücks das man credendi animo tradirt hätte gleich zu achten: es ist nichts gegeben, also auch durch das Geben nichts erwirkt, also besteht noch die alte Forderung fort. Dem entspricht

fr. 46 pr. de solut. 46, 3: si quis aliam rem pro alia volenti solverit, et evicta fuerit res, manet pristina obligatio; et si pro parte fuerit evicta tamen pro solido obligatio durat, nam non accepisset re integra creditor nisi pro solido ejus fieret — cf. § 1 ibid.

Aber man hat die Hingabe an Zahlungsstatt auch einem Verkauf verglichen, bei dem der Empfänger, Gläubiger der ersten Obligation, als Quasikäufer einen Preis zu entrichten hätte, der gegen seine Forderung aufgerechnet würde, „potest dici ipsum sibi solvisse.“ Diese Auffassung zeigt sich in

c. 4 de evict. 8, 45 (Anton.): si praedium tibi pro soluto datum, ... si hoc jure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit; nam hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet.

Aehnlich giebt Ulpian (fr. 24 pr. de pign. act. 13, 7) bei einer Eviction des impetrirten Pfandes eine utilis ex empto actio, „quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit.“

Die beiden Auffassungen führen zu verschiedenen Resultaten, in dem vorher erwähnten Falle einer Theileviction und auch sonst, da das Interesse des Empfängers bei der Totaleviction mehr und weniger betragen kann, als der Belauf der alten Forderung. Dennoch ist keine Antinomie anzunehmen, noch wird man in der Praxis um die Entscheidung derartiger Fälle verlegen sein. Die Quellen gestatten die eine Auslegung des Geschäfts so gut wie die andere, also wird man dem Kläger nicht verwehren können bei seinen Ansprüchen die Auffassung zu Grunde zu legen, die ihn die vortheilhafteste dünkt, falls nicht von der beklagten Seite nachgewiesen würde, daß bei dem Abschluß die Contrahenten das Geschäft im andern Sinne gewollt haben.

Noch ist zu bemerken, daß die in solutum datio im heutigen Recht überhaupt biegsamer und mehrfältig geworden ist: kann sein daß während nach übereinstimmendem Parteiwillen die Forderung jedes Falls aufgehoben sein soll, doch der Schuldner dem Gläubiger an der gegebenen Sache nicht Eigenthum sondern nur die Rechte eines Käufers, oder gar nur das Recht was er selber daran hätte zu gewähren hätte; auch reiner Verzicht wäre denkbar. Zu präsumiren sind diese Abweichungen von der klassischen Form der in solutum datio natürlich nicht.

§ 4 Verpfändung. Denkt man diese als Realcontract ähnlich der mutui datio, so scheint zu folgen daß, wo das Pfandobject dem Pfandgläubiger evincirt wurde, kein Pfand gegeben, also der Pfandgläubiger von aller Verbindlichkeit aus dem Pfandvertrag (a. pign. directa) frei wäre; ob er seinerseits noch einen Anspruch wider den Verpfänder hätte, hinge davon ab, ob dieser zur Pfandbestellung verpflichtet gewesen oder nicht. Das ist aber nicht die Anschauung, der wir in den Pandekten begegnen. Es ist gewis daß die pignoraticia contraria begründet ist, sobald die Sache evincirt wird die der Schuldner verpfändet hat:

fr. 9 pr. fr. 32 de pign. a. 13, 7.

Nicht unwahrscheinlich, daß dasselbe galt wo Dritte die Verpfänder waren:

cf. fr. 16 § 1, 36 § 1 eod.

Dies kann beim ersten Blick auffallen; es ist aber nicht unerklärlich, und mag uns vor einseitiger Auffassung der Realcontracte bewahren. Die Römer haben wenigstens in späterer Zeit die Bedeutung des consensuellen Moments bei diesen nicht so niedrig angeschlagen; das zeigen auch die s. g. Innominatcontracte. Die pignori datio ist nicht einfach ein Creditum, durch das der Pfandgeber den Pfandnehmer sich verpflichtet. Es liegt in diesem Contract, und eben so in dem pactum hypothecae, auf Seiten des Verpfänders stets ein doppeltes Moment: derselbe übernimmt die Verpflichtung ein Pfandrecht zu gewähren, und zugleich soll der Vertrag die Erfüllung dieser Verpflichtung durch Herstellung des Pfandrechts bewirken.

§ 5 Locatio et conductio. Zu den Geschäften welche die Evictionsleistungsverbindlichkeit erzeugen wird nicht selten die Miethe gezählt, so von Göschen, Civilr. II 2, § 399 und von v. Keller, Pandekt. § 331 S. 625. Dagegen hat sich ausführlich ausgesprochen Müller a. a. O. S. 123 f.; nicht daß er leugnete, daß, wenn die vermiethete oder verpachtete Sache dem Miether oder Pachter evincirt würde, dieser deshalb den Vermiether und Verpachter in Anspruch nehmen könnte, es sei aber dieser Anspruch kein Evictionsleistungsanspruch. Gegenüber einem völlig bestimmten Quellenzeugnis konnte der Anspruch selber nicht wohl in Abrede gestellt werden:

> fr. 9 pr. locati 19, 2: si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque, Pomponius ait nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere.

„In Beziehung auf die locirte Sache selbst kann der Miether oder Pachter keine Eviction leiden.“ Warum nicht? Vielleicht weil der Miether kein bestimmtes Recht an der Sache, nur ein faktisches Verhalten zu derselben zu fordern hat? Dann wäre auch der Kauf zu streichen, aus der Reihe der Geschäfte, die einen Anspruch auf Evictionsleistung begründen. Müller meint, „es liege im Begriffe der Eviction, daß sie nur bei solchen Uebertragungsgeschäften angenommen werden könne, nach deren rechtlichem Inhalte der Empfänger entweder Erwerb des Eigenthums oder Uebertragung einer Sache oder eines Rechts an einer Sache in sein Vermögen zu dauernder Verfügungsgewalt erwarten kann.“ Beschränkt man den Inhalt des Vermögens nicht auf Rechte, so ist nicht abzusehen, warum das uti frui licere des Miethers und Pachters nicht so gut zum Vermögen gezählt werden sollte wie das habere licere des Käufers. Aber die „dauernde Verfügungsgewalt“ soll einen Unterschied machen. „Dauernd“ in dem Sinne ohne verabredeten Endtermin, dann würde wer das Recht der Superficies auf immer erworben hätte auch das Recht haben Evictionsleistung zu fordern,

aber nicht wem die Superficies nur auf hundert Jahre zustände; giebt man diese Auslegung auf, so steht auch dem Miether „dauernde Verfügungsgewalt“ zu, dauernd die ganze Zeit auf welche der Contract geschlossen ist.

Im Evictionsprocesse habe der Käufer mittels der Litisdenunciation den Verkäufer als Beistand heranzuziehen, durch Nomination des Auctors aber könne der Miether den Proceß von sich ganz abstreifen und auf den Vermiether übertragen. Das beweist nichts, als daß die Form des Evictionsprocesses im einen Fall andere Gestalt annehmen kann als im andern. Das Wesentliche ist beide Male dasselbe: Entziehung eines dauernden Vortheils den der Auctor zu gewähren verpflichtet war, durch gerichtliche Durchführung der Rechte eines Dritten an der Sache, aus welcher der Vortheil gezogen werden sollte.

Ferner soll der Anspruch wegen geschehener Eviction selber ein anderer sein. Bei der Location habe die Eviction „die Bedeutung einer Thatsache, welche der dem locator obliegenden Hauptverbindlichkeit zur Prästation, ut re conducta uti frui conductori liceat, hindernd entgegentritt. Diese Nichterfüllung ist die unmittelbare und eigentliche causa petendi des Conductors, die Eviction .... andern ähnlichen Ereignissen gleichbedeutend, durch welche das frui licere auf eine vom Locator vertretbare Weise unterbrochen und gestört werden kann.“ Müller bekennt sich hiemit für die Miethe zu unserer Auffassung des Evictionsleistungsanspruchs, und behauptet nur für den Kauf eine abweichende Natur desselben. Es ist immerhin beachtenswerth, daß gleichsam auf beiden Seiten des Kaufs, bei den Geschäften auf dare, und bei dem auf tradere ut uti frui liceat, die richtige Auffassung (Klage wegen Eviction gleich der Klage wegen Nichtleistung) unabweisbar erscheint.

Der Umfang der Ersatzforderung ex conducto soll sich nach andern Grundsätzen als die Evictionsleistungsklage ex empto bestimmen. Dies ist irrig: in beiden Fällen handelt es sich um das Interesse, das freilich je nach der Verschiedenheit der nichterfüllten Forderungen verschieden zu berechnen ist. Irrig insbesondere, daß

bei der a. ex empto der gezahlte Kaufpreis die Basis des Schadensersatzes bleibe. Was noch der Location eigenthümlich zu sein scheinen könnte:

> plane si dominus non patiatur, et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem

ist nachher (vgl. § 23) eingehend zu behandeln.

Sodann: „wesentliche Vorbedingung der Klage auf eigentliche Evictionsleistung, daß der Erwerber der Sache durch Proceß des Evincenten bereits überwunden sei"; auch dies verhalte sich bei der Regreßklage des Miethers anders; sie entstehe, wo die Benutzungs- oder Gebrauchsbefugnis unterbrochen werde. Auch hier wird ein unwesentlicher Unterschied zum wesentlichen gestempelt: denn überall ist die Regreßklage begründet, sobald feststeht, daß seitens des Auctors gerade das nicht gewährt ist, was nach der Natur des vorliegenden Geschäfts zu gewähren war.

Man kann also zugeben, daß was Müller hinsichts des Anspruchs des Conductor wider den Locator nach geschehener Eviction behauptet, in der Hauptsache richtig ist, und muß nur bestreiten, daß hieraus eine wesentliche Verschiedenheit dieses Anspruchs von andern Ansprüchen wegen Eviction sich ergebe.

§ 6 Schenkung. Weit verbreitet ist die Meinung, daß bei Leistungen aus lucrativen Geschäften der Leistende gar nicht oder doch nur beschränkt evictionsleistungspflichtig sei. Wäre dies richtig, so läge darin eine Ausnahme von der consequenten Durchführung der behaupteten Principien, ein jus singulare zu erklären eben aus der causa lucrativa, die eine Begünstigung des Pflichtigen dem Berechtigten gegenüber wol zu rechtfertigen vermöchte; kein Widerspruch gegen die Principien selber. Zeigen aber wird sich, daß auch die Ausnahme nicht besteht.

Zwei Hauptarten der Schenkungen wollen wir unterscheiden: Geben und Versprechen. Bei der Schenkung, die mit dem Geben beginnt, ist der Geber regelmäßig nicht evictionsleistungspflichtig. Die Leistung, die evincirt ist, begründet überall die Evictionslei-

stungspflicht nicht, nur hebt sie eine bestehende Leistungspflicht nicht auf. Wo wie hier vor dem Geben eine Verpflichtung zum Geben nicht bestand, da besteht auch, nachdem die Erfolge des Gebens durch Eviction vernichtet sind, keine Verbindlichkeit zu weiterer Leistung. Verbindlichkeiten des Schenkers entstehen hier nur, wenn er dolos gehandelt,

> fr. 18 § 3 de donat. 39, 5: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit;

und wenn er die Evictionsleistungspflicht besonders übernommen hat. Dies ist in verschiedener Weise möglich: einmal, indem mit der Hingabe der Sache ein Schenkungsversprechen verbunden wird, gerichtet auf Gewährung des Eigenthums oder doch des habere licere an der Sache, so daß die concurrirende Tradition als Erfüllung der hiemit übernommenen Leistungspflicht erscheint; sodann wenn der Gabe selber der Charakter einer Solution nicht beigelegt wird, der Schenker aber den Evictionsfall vorsieht und für denselben eine neue Leistung verspricht. Genau besehn liegen in diesem zweiten Falle zwei Schenkungen vor, ein einfaches Geben und ein bedingtes Versprechen. Hieraus erklären sich zwei Stellen, die meist für einander widersprechend (vgl. Puchta Vorl. § 362 a. E.) ausgegeben werden:

> Paullus S. R. V. 11 § 5: invitus donator de evictione rei promittere non cogitur, nec eo nomine si promiserit oneratur, quia lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa juris ratione depellitur.

Paullus denkt an den Fall einfaches Gebens („lucrativae rei possessor"): der Empfänger hat keinen Anspruch auf Evictionsleistung wider den Geber, dieser kann also auch nicht zum Versprechen der Evictionsleistung gezwungen werden, und wenn er doch de evictione promittirte, so wäre dies eine stipulatio sine causa und als solche unverbindlich (vgl. fr. 56 de leg. I). Paullus denkt nicht an den Fall, wo diese Stipulation aus der Absicht, der ersten eine zweite Schenkung hinzuzufügen, ihre Causa erhält. Da-

gegen liegt das Bild solcher Doppelschenkung einem Rescript von Severus und Caracalla zu Grunde:

c. 2 de evict. 8, 45: quoniam avus tuus, cum praedia tibi donaret, de evictione eorum cavit, potes adversus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere ob evictionem, pro portione scilicet hereditaria. nudo autem pacto interveniente minime donatorem hac actione teneri certum est.

Die von Cujacius (Comm. ad h. T. Cod., ad l. 2) und Calletus (Tract. de evict., ad l. 2 cit.) versuchte Vereinigung, das „promiserit" des Paullus von einem pactum nudum zu verstehen, widerstreitet dem gewöhnlichen Sprachgebrauch wie dem Gedankengange in der fraglichen Stelle. — Für das gemeine Recht kommt nur die c. 2 cit. in Betracht; nicht blos darum weil die Sententiae receptae für uns überhaupt keine gesetzliche Kraft haben, sondern vornehmlich weil die Entscheidung auf einer Anschauung beruht, die bei uns nur ausnahmsweise Platz greift, daß nämlich ein Versprechen nicht dazu dienen solle einen Anspruch zu begründen, sondern dem schon begründeten Form und Wirksamkeit zu verleihen.

Anders beim Schenkungsversprechen. Hier kommt es darauf an, welcherlei Leistung versprochen ist, eine solche die dem Beschenkten ein gewisses Recht oder ein bestimmtes Maß factischer Vortheile gewähren soll, oder die auf ein factum nudum oder auf Uebertragung des Rechts hinausläuft das dem Schenker selber an der Sache zusteht. Im Römischen Recht sind zwei Formen des Schenkungsversprechens zu unterscheiden. Einmal die alte Promission; betreffs dieser sollte kein Zweifel sein, vgl. Liebe Stipulation S. 154:

Daß dieses nomen hier gerade verschenkt ist, ändert natürlich dessen Beschaffenheit nicht. . . . . Ist vom Promittenten eine fremde Sache gegeben, so ist nichts gegeben, und die a. ex stipulatu oder condictio certi dauert fort.

In den Quellen haben wir nicht die mindeste Andeutung, daß die Wirkungen der Stipulation verschieden gewesen wären, je nach-

dem sie animo donandi oder solvendi oder credendi geschlossen worden. Bei allen Stipulationen auf dare und ähnliches war der Promittent evictionsleistungspflichtig:

fr. 131 § 1 de V. O., fr. 20, 27, 33, 72 § 5 de solut. 46, 3;

ebenso gewis nicht bei dem Versprechen des bloßen tradi:

cf. fr. 28 de V. O. 45, 1.

Bedenklicher ist die neuere Art des Schenkungsversprechens, formlose Zusage, wie sie erst nach der c. 35 de donationibus (8, 54) klagbar geworden. In dieser Constitution erscheint nämlich die neue Schenkungsart als nächste Verwandte nicht der Schenkung durch Stipulation, sondern der durch Dation:

§ 5 cit.: . . . . ex lege nostra necessitatem ei imponi, etiam tradere hoc quod donare existimavit, ut non ex hoc inutilis sit donatio, quod res non traditae sunt, nec confirmetur ex traditione donatio; sed liberalitatem plenam et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur, et necessitatem habeat donator omnimodo res vel partem substantiae quam nominaverit, vel totam substantiam tradere.

Mag es dahin gestellt bleiben, ob der Gedanke des Kaisers scharf und klar gewesen; man kommt in Versuchung ihn dahin auszulegen, das formlose Schenkungsversprechen gelte als donatio per dationem, bei dem nur der Traditionsakt einstweilen unterblieben sei, und darum nachträglich gefordert werden könne. Der Kaiser scheint auch seinen eigenen Unterthanen nicht verständlich genug gesprochen zu haben, das zeigt nov. 162 c. 1. Eine Frau fragt ob sie die Sachen, die ihr der Mann in dieser Weise geschenkt, vindiciren könne,

ὡς κυρία τούτων τῇ δωρεᾷ;

Der Kaiser verweist sie auf die persönlichen Klagen:

εἰ μὲν ἐπερώτησις γένοιτο, διὰ τῆς ex stipulato, *εἰ δὲ*

μὴ τοῦτο, διὰ τοῦ ex lege condictitiov, *ὥστε παραλαβεῖν τὸ δεδωρημένον.*

An einer andern Stelle wird dann ausdrücklich das formlose Schenkungsversprechen mit der Schenkungsstipulation in Parallele gestellt:

ἡμεῖς δὲ ἀνεμνήσθημεν διατάξεως ἡμετέρας λεγούσης τὸν δωρησάμενον, εἰ καὶ μὴ ἐπηρωτήθη τὴν παράδοσιν, ἀνάγκην ἔχειν παραδιδόναι τὸ δωρηθέν.

Zweifellos also, daß dies Versprechen die klagbare Verbindlichkeit zu einer Leistung erzeugt; fragt sich zu welcher. Nach dem § 5 der c. 35 cit. möchte man annehmen, wer so verspreche, habe nie mehr zu leisten als wer die Schenkung mit sofortiger Hingabe vollziehe. Dem scheint aber zweierlei entgegenzutreten. Daß im Institutionentitel de donationibus (2, 7) speciell diese Schenkung in ihren Wirkungen einem Kauf verglichen wird:

§ 2 . . . et ad exemplum venditionis nostra constitutio (c. 35 cit.) eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit;

und mehr noch als dies der Anfang der c. 35 selber:

si quis argentum donaverit certumque pondus nominaverit, non autem alias vel generaliter vel specialiter expresserit, necessitatem ei imponimus omnimodo praefatum pondus argenti dare, sive in vasis quibus voluerit . . . sive in ipsa aestimatione. — cf. § 1—3.

Hiernach kann kein Zweifel sein, daß wer in derselben Weise nur generisch bezeichnete Sachen schenkte, zu einem entsprechenden dare und zur Evictionsleistung gehalten war. Daß aber wer sagt „ich schenke dir ein Reitpferd" evictionsleistungspflichtig, wer sagt „ich schenke dies Reitpferd" frei davon gewesen sein sollte, das dürfte weder den allgemeinen Principien entsprechend noch durch Nützlichkeit geboten erfunden werden. — Nach alle dem ist es nicht wunderbar, wie seit den ersten Glossatoren bis auf den heutigen Tag endloser Streit über die Evictionsleistungspflicht bei Schenkungsversprechen gewesen ist.

Der Streit war aber berechtigt nur soweit er um die historische Frage nach dem Justinianeischen Recht sich drehte, die praktische Frage, wie es nach gemeinem Recht mit dieser Evictionsleistungsverbindlichkeit stehe, hätte nicht mit hineingeworfen werden sollen. Für uns ist die c. 35 § 5 cit. bedeutungslos, das unförmliche Schenkungsversprechen ist bei uns wirksam, nicht nach dem Gesetz Justinians, sondern nach dem Satz des gemeinen Deutschen Gewohnheitsrechts, wonach alle erlaubten Verträge klagbar sind, und der Umfang der Wirksamkeit bestimmt sich also auch nicht mehr nach jenem Gesetz, sondern nach diesem Satze. Nach demselben ist für Art und Maß der Leistung der Wille der Parteien entscheidend, und es kommt also wie bei der Römischen Stipulation heut zu Tage allgemein nur darauf an, welche Art von Leistung der Schenker versprochen hat. Das kann in manchem Falle zweifelhaft sein, zumal wenn der Schenker den Ausdruck gebraucht „ich verspreche das zu schenken"; darunter kann volle Gewährung des Eigenthums, es kann aber auch nur die Uebertragung des Rechts das Schenker selber an der Sache hat verstanden sein. Ich sehe nicht wie für solche Zweifelsfälle eine durchgreifende Regel zu finden ist, sondern meine es müsse dem Richter überlassen bleiben je nach den Umständen des concreten Falles soweit sie vor ihn treten sein Urtheil sich zu bilden. Diese Auffassung ist den Beschenkten die auf Evictionsleistung klagen nicht besonders günstig, da es ihnen als Klägern zumeist obliegen wird, den Richter zu überzeugen, daß Schenker bei der Schenkung mehr als die Uebertragung des eigenen Rechts gewollt hat; es wird aber in vielen Fällen doch nicht gerade schwer sein diese Ueberzeugung zu erwirken, so z. B. wenn die zu schenkenden Sachen generisch bezeichnet worden, oder wenn feststeht daß bei der Schenkung Schenker gewußt daß dieselben dritten Personen eigenthümlich zugehörten, denn beide Male hätte eine Schenkung, die sich auf die nackte Thatsache der Tradition beschränken wollte, unter gewöhnlichen Verhältnissen keinen Sinn.

Die Geschichte der Controversen über die Evictionsleistungsverbindlichkeit der Schenker findet sich bei Glück Pand. Comm. XX S. 237 f. und von Vangerow Lehrb. § 610 Anm. 2. Hinzuzufügen ist, daß die in der Hauptsache richtige Auffassung der Glosse, die auch noch von Bartolus und Baldus und in Deutschland zuletzt von Carpzov vertreten worden, von den Juristen der Französischen Schule aber mit unverdientem Erfolge bekämpft ist, nicht erst von Azo ausgeht; Jacopus und Bulgarus sind schon der Ansicht die Accursius annimmt:

ita demum teneri [donatorem], si non a datione sed a praecedenti pactione donatio coeperit;

Martinus hatte ganz allgemeine Evictionsleistungspflicht des Schenkers behauptet,

vgl. Haenel Dissens. domin. (vet. coll. § 63. — Rog. d. d. § 33. — c. Chis. coll. § 59. — Hugol. § 358).

Die Ansicht der Französischen Juristen geht dahin, der Schenker sei, abgesehn von den Fällen des Dolus und besonderer Verabredungen, nicht evictionsleistungspflichtig. Dieselbe war eine Zeit lang auch in Deutschland die herrschende und findet noch heute Anhänger (vgl. v. Savigny System IV S. 121). Gegen sie hat sich verschiedener Widerspruch erhoben, ohne daß man zur Meinung der Glosse zurückkehren mochte. Daß bei remuneratorischen Schenkungen besonderes betreffs der Evictionsleistung gelte, wird jetzt kaum noch vertheidigt werden. Aber bei generischen Schenkungen pflegt man eine Evictionsleistungspflicht anzunehmen. Diese Ansicht scheint anfänglich nur von wenigen gebilligt zu sein, Voet (comm. ad pand. ad t. de evict. § 13) nennt als seine Vorgänger Brunnemann (ad l. 2 C. h. t.) Gomez (var. resol. II 2. n. 35) Mangilius (de evict. q. 68, 69); verbreitet ist sie vornehmlich durch den Kanzler Koch, und dürfte jetzt als die herrschende anzusehen sein. Sie theilt sich in zwei Zweigmeinungen: viele sagen schlechthin, wer generisch zu schenken versprochen sei evictionsleistungspflichtig; andere, darunter Puchta (Vorles. § 362 a. E.) und v. Vangerow (Lehrb. III § 610 Anm. 2), der Schenker hafte zwar nicht

für wahre Evictionsleistung, müsse aber im Evictionsfall ein anderes Individuum des versprochenen Genus prästiren.

Die Meinung der Glosse, wie sie gewöhnlich vorgetragen wurde, enthielt einen Irrthum; nicht jede „donatio quae coepit a promissione vel pactione" macht den Versprechenden evictionsleistungsverbindlich, es kommt auch auf die Natur der versprochenen Leistung an. Zudem wurde die Meinung nicht geschickt vertheidigt, aus c. 1 de j. dot. 5, 12 und fr. 75 §. 10 de V. O. 45, 1 war sie ohne weiteres nicht herzuleiten, und die Beziehung auf die Analogie des Kaufs war zu vage. So konnte die Ansicht der Französischen Juristen wider die ältere Praxis durchdringen, obwol sie selber für sich nur wenig Beweis hatte: fr. 18 § 3 de donat. 39, 5 (cf. fr. 48 de R. V. 6, 1) das man fälschlich auch auf Schenkungsversprechen bezog; c. 2 de evict. 3, 45, die Wirkungslosigkeit des nudum pactum, wo der Schenker übrigens nicht zur Evictionsleistung gehalten ist, für das ältere Recht (die Stelle rührt von Severus her) bezeugend; endlich c. 35 § 5 de donat. 8, 54, in der Justinian, wie schon bemerkt, über die Evictionsleistungspflicht freilich Zweifel bestehn läßt. Viel mehr als diese hat die Kochsche Meinung den Schein quellengemäß zu sein: fr. 45 § 1, 2, fr. 46 de leg. I sehen bestechend aus; für die Gewährleistung bei generischen Schenkungen konnte man außerdem auf fr. 29 § 3 de leg. III, fr. 53 de evict. 21, 2, c. 35 pr. de donat. bezug nehmen. Aber fr. 46 cit. beweist zu viel:

> quae de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum qui vel Stichum vel hominem promisit.

Nichts deutet an daß hiebei nur an Promissionen welche donandi animo geschehn zu denken sei. Aber was man aus fr. 45 für Legate herauslieſt, und nach fr. 46 auf die Promissionen zu übertragen hat, das ist bei allen den Promissionen, die keine Schenkungsversprechen sind, zweifellos falsch; darum pflegt man dem fr. 46 Gewalt anzuthun, und wider seinen Sinn es auf Schenkungsversprechen zu beschränken. Es steht aber auch ein anderer Ausweg offen: fr. 45 richtig auszulegen und daraus eine Regel zu

entnehmen die auf alle Promissionen paßt. Wir gehen dazu über, und werden mit der richtigen Interpretation von fr. 45 zugleich die Widerlegung der Kochschen Theorie von der Evictionsleistungsverbindlichkeit bei Schenkungen geben.

---

§ 7 Bei den Vermächtnissen können die alten Legatsformen außer betracht bleiben; uns interessirt nur das Recht nach der Ausgleichung der Legate und Fideicommisse. Aber die Auslegung einiger Stellen der Justinianischen Sammlung zwingt auch auf älteres Recht Rücksicht zu nehmen.

Betreffs des neuesten Römischen und ebenso des gemeinen Rechts geht die gewöhnliche Lehre dahin, daß der Erbe nur bei dem generell, nicht bei dem speciell bezeichneten Legat evictionsleistungspflichtig sei. Ich behaupte dem gegenüber daß überall, wo der Belastete das Legat einer fremden oder verpfändeten Sache zu prästiren schuldig ist, er auch für die Eviction zu haften hat; m. a. W. daß nichts darauf ankommt ob die Rechte dritter an der legirten Sache vor oder nach der Tradition derselben an den Vermächtnisnehmer hervortreten. Bachofen (Pfandrecht IV § 14—18), der gerade diese Frage sorgfältig erörtert, sagt:

> Es ist in der That schwer einzusehen, warum die spätere Kenntnis des wahren Sachverhalts dem Honorirten weniger Rechte gewähren sollte als die frühere. Scheint ja die Sachlage auch jetzt noch dieselbe. Und doch entscheiden Papinian (fr. 77 § 8 de leg. II) und Labeo (fr. 29 § 3 de leg III.) anders. Die actio ex testamento, womit vor geschehener Besitzergreifung der Ankauf erzwungen werden konnte, geht durch die Besitzergreifung verloren und wird jetzt ohne weiteres versagt. Noch mehr, selbst eine Caution für künftige Eviction kann von dem Erben nicht verlangt werden (fr. 45 § 1, 2, de leg. I. — fr. 71 § 1 eod. bezieht sich ausschließlich auf das generelle Legat), sie bleibt wenn geleistet ohne Erfolg (fr. 56 de leg. I., Paull. R. S. II. 8).

Zunächst zwei Worte von legirten fremden oder verpfändeten Sachen überhaupt.

Nach dem S. C. Neronianum waren Legate fremder Sachen in anderer Form gültig so gut als wenn sie Damnationslegate wären.

cf. Gaj. II § 197, 202, 210, 212 etc.

Das hiernach geltende Recht wird durch den Einfluß von Neratius Priscus genauer festgestellt oder geändert; der Erbe braucht das Legat dann nicht zu leisten, wenn der Testator die fremde Sache für eine eigene gehalten:

> fr. 67 § 8 de leg. II (Papin.) .... succursum est heredibus, ne cogerentur redimere quod testator suum existimans reliquit.

Weitere Fortbildung dieses Rechtes bekundet vornehmlich ein Rescript von Alexander:

> c. 6 de fideic. 6, 42: .... heres luere debet, maxime cum testator condicionem eorum non ignoravit, aut si scisset legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset (a. 224).

Daran schließt sich eine andere Constitution desselben Kaisers

> c. 10 de legat. 6, 37: cum alienam rem quis reliquerit si quidem sciens .... peti potest. quodsi suam esse putavit, non aliter valet relictum nisi proximae personae datum sit, cui legaturus esset etsi scisset rem alienam esse (a. 227).

Gewis würde man irren, wollte man einen Widerspruch zwischen den beiden Gesetzen desselben Kaisers, oder auch nur eine Beschränkung des älteren durch das neuere behaupten. Die fremde oder verpfändete Sache ist wo der Erblasser die Rechte des Dritten nicht kannte von dem Erben voll zu gewähren, wenn anzunehmen ist daß der Erblasser falls er diese gekannt, eine andere Sache („quod non minus esset") legirt hätte. Hierin stimmen beide Gesetze überein, c. 10 führt den beiden gemeinsamen Gedanken etwas weiter: ist der Legatar eine „persona proxima" des Erblassers, so sei zu ver-

muthen daß dieser auch wenn er die wahre Sachlage gekannt, ihn nicht schlechter bedacht haben würde. — Die Institutionen (§ 4 de leg. 2, 20) nehmen Bezug nur auf ein Gesetz von D. Pius, das die Ansicht des Neratius wiedergiebt, aber die ratio, auf der die Constitutionen von Alexander beruhen, wird auch hier ausdrücklich anerkannt:

forsitan enim si sciisset, alienum non legasset.

Es sind nun die Stellen zu betrachten auf welche die gemeine Meinung sich steift, gegenüber dem unabweisbaren Gedanken daß, nach juristischer Consequenz, in all den Fällen, wo Erbe die fremde und verpfändete Sache in das sichere Eigenthum des Vermächtnisnehmers zu bringen schuldig ist, er sich nicht befreien kann durch Leistung, die gar kein oder (mittels der a. hyp. in rem) evincirbares Eigenthum auf den Empfänger bringt.

fr. 77 § 8 de leg. II (Papin.): evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit: nulla cum fratribus et coheredibus actio erit. si tamen inter filios divisionem fecit arbiter, conjectura voluntatis non patietur eum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris judicium fratri conservare.

Die Stelle könnte vollen Beweis wider die hier vertheidigte Ansicht zu ergeben scheinen, wenn sie nicht von Papinian herrührte, also zu einer Zeit geschrieben wäre, wo nach der Autorität von Neratius Priscus und der Constitution von Antoninus Pius Legate, also auch Prälegate, fremder Sachen nur zu Recht bestanden wenn der Erblasser das fremde Recht gekannt hatte, und wo die Constitutionen von Alexander, welche auf die vermuthliche Absicht des Erblassers und auf die nahen Beziehungen der Bedachten zu sehen befahlen, noch nicht ergangen waren. Zu dieser Zeit konnte der Jurist nicht anders schreiben als hier zu lesen steht. Die zweite Hälfte der Stelle ist als ein Vorläufer der Constitutionen Alexanders zu betrachten: ein Klagrecht hatte unter diesen Voraussetzungen nach den damals geltenden Bestimmungen auch der Sohn nicht, eine Art von

Compensationsrecht aber billigt ihm Papinian aus der „conjectura voluntatis testatoris“ zu. Ueberdies ist nicht zu übersehn, daß Papinians Entscheidung zweifellos auch auf den Fall zu beziehen ist, wo die praedia nach dem Todesfall zwar, aber doch vor der Erbtheilung evincirt sind; „nulla cum fratribus et coheredibus actio erit“ ist Negation so gut der Klage auf erste Leistung der Sachen die den fratres et coheredes evincirt sind und darum von diesen in Natur nicht geleistet werden können, wie der Klage nach geschehner erster aber durch Eviction vernichteter Leistung an den Prälegatar. Ja nach dem zweiten Satz ist es wahrscheinlich daß gerade ein solcher Fall vorgelegen, wo die Eviction der Gewährung des Prälegats vorangegangen; denn die ganze Erbschaft ist noch nicht getheilt, die übrigen Miterben haben ihre Prälegate noch nicht erhalten, kein Grund ist ersichtlich warum ein Miterbe früher als die andern zu seinen Stücken gelangt sein sollte. — Also enthält fr. 77 § 8 cit. nichts als ein weiteres Zeugnis für das was wir ohnehin wissen, daß das Legat einer fremden Sache zu Papinians Zeit auch von dem Sohn mit directer Klage nicht gefordert werden konnte, wenn der Vater sich für den Herrn derselben gehalten hatte; es sagt nichts davon, daß wo der Legatar die res aliena als solche zu fordern berechtigt war, der Erbe doch nach tradirter res aliena nicht evictionsleistungspflichtig gewesen wäre. Dem ersten Theil der Stelle haben Alexanders Constitutionen derogirt, er ist als historische Notiz und zur Erläuterung des zweiten Theils in die Pandekten aufgenommen; die Entscheidung dieses zweiten Theils aber steht mit den gedachten Constitutionen im Einklang, und ist auch für das Justinianische Recht nicht ganz ohne praktische Bedeutung.

Wie bei dem fr. 77 § 8 liegen bei den folgenden Stellen Misdeutungen nahe:

> fr. 45 § 1 de leg. I.: heres generaliter dare damnatus sanum eum esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit, quia ita dare debet ut eum habere liceat, sanitas autem servi ad proprietatem ejus nihil pertinet. sed ob id quod furtum

fecit servus aut noxam nocuit, evenit quominus eum habere domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit ut eum habere domino non liceat.

§ 2 si vero certus homo legatus est, talis dari debet qualis est.

Zu verbinden hiermit pflegt man:

fr. 56 eod. si legati servi nomine stipuletur legatarius fugitivum eum non esse praestari, nihil veniet in eam stipulationem, quia qualis sit talis ex testamento praestari debet; nec ullum in legato damnum facere intellegeretur.

Zweifellos nach diesen Stellen, daß „heres generaliter dare damnatus" anderes zu leisten hat als der „a quo certus homo legatus est;" aber besteht der Unterschied darin, daß beim Generallegat der Erbe zu wirklichem dare, bei dem Speciallegat zum nudum factum der Tradition verpflichtet ist? denn wer jede Verbindlichkeit zur Evictionsleistung leugnet, der leugnet damit auch die obligatio ad dandum des Erben beim Speciallegat. Aber ausdrücklich sagt § 2 cit.: „talis dari debet qualis est." Und hieraus folgt mit Nothwendigkeit, daß wenn in einem der Fälle, wo überhaupt die Vermächtnisse fremder Sachen gültig bestehn, Erbe durch die Tradition den Legatar zum Eigenthümer der legirten Sache nicht gemacht hätte, was besonders dann hervortreten würde wenn ein Dritter mit der Vindication gegen den Legatar durchdränge, Erbe auch der ihm obliegenden Verbindlichkeit nicht Genüge gethan haben könnte, vielmehr nach solcher Eviction auf Leistung noch in Anspruch zu nehmen wäre. Dem widerstreitet nicht § 1 cit.; er sagt nur, daß wenn das habere licere darum gebrochen wird, weil der geleistete Sklave „furtis et noxiis solutus non est", der Erbe bei dem Speciallegat hiefür nicht aufzukommen hat, während er deswegen bei dem generellen Legat allerdings verhaftet wäre. Beide Male ist der Erbe zum „dare" verpflichtet, beim Speciallegat zu einfachem „dare," bei dem generellen zum „dare ut habere liceat".

Oft meint man „dare" verglichen mit dem vom Verkäufer geschuldeten „tradere ut habere liceat," sei schlechthin die umfassendere Leistung; das ist nicht richtig, nur in einer Beziehung geht das dare weiter, in anderer schuldet der Verkäufer mehr. Lehrreich in dieser Beziehung ist:

> fr. 2 de permut. 19, 4: Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex causa daretur.

Also nicht etwa wegen der obligatio ad dandum, sondern nur weil der Tausch analog dem Kauf entwickelt ist, darum die Gewährleistung für „furtis noxisque solutum" und „non esse fugitivum." Ebenso schuldet der Erbe bei dem generischen Legat mehr als bloßes dare; trotz Noxalforderungen die Dritte an die Sache hätten, würde der Erbe durch Uebertragung des Eigenthums der Pflicht zum „dare" genug gethan haben. Soviel und nicht mehr schuldet, wo nicht anderes ausdrücklich verordnet ist, derjenige der mit einem Specieslegat belastet ist; zur Prästation des generischen Legats gehört neben der Uebertragung des Eigenthums die Gewährung der Sicherheit vor Noxalklagen. Diese über einfaches dare hinausgehende Verpflichtung erklärt sich beim Genuslegat daraus, daß Erbe, wenn ihm die Wahl gelassen, überall nicht das schlechteste geben darf. Man vergleiche:

> fr. 110 de leg. I: si heres generaliter servum, quem ipse voluerit, dare jussus sciens furem dederit, isque furtum legatario fecerit, de dolo tenetur. sed quoniam illud verum est, heredem in hoc teneri ut non pessimum det, ad hoc tenetur ut et alium hominem praestet, et hunc pro noxae dedito relinquat. — cf. fr. 37 pr. eod.

Ein Bedenken gegen unsere Auffassung ließe sich aus der Vergleichung der Wirkungen der Noxalklagen mit denen des Pfandrechts am Ende des § 1 cit. entnehmen. Es wird sich beseitigen lassen. „Dare" heißt „Eigenthum übertragen," das ist nicht unmöglich auch wenn

Pfandrechte an der Sache bestehen bleiben, doch ist dann das Eigenthum des Empfängers ein so unsicheres, daß die Römer die Verschaffung eines solchen nicht als genügend betrachten mochten (fr. 20 de solut. 46, 3 von Pomponius, von dem auch fr. 45 de leg. I. herrührt). Dem entsprach daß Alexander (c. 6 de fidec.) die Pflicht des Erben Pfandrechte abzulösen ebensoweit ausdehnte, wie die Verbindlichkeit reichte, legirte fremde Sachen zu leisten. Nicht inconsequent vielleicht wäre es gewesen noch einen Schritt vorzugehen, die Ablösung von Noxalklagen unter denselben Voraussetzungen zu gebieten, wo die Ablösung von Pfandrechten vorgeschrieben war. Aber das positive Recht hat diesen Schritt nicht, wenigstens nicht ganz gethan, nur bei dem legirten Genus, nicht bei der species legata.

Minder schwierig ist die Erklärung des auch citirten fr. 56. Pomponius denkt bei demselben an ein Speciesvermächtnis, das der Regel nach ungültig ist sobald sich herausstellt daß die Species nicht zum Vermögen des Erblassers gehört. Ist der Sklave ein fugitivus und als solcher gar nicht zur Erbmasse gehörig, so brauchte der Erbe nichts zu leisten, also keines Falls „fugitivum eum non esse“ zu promittiren. So wenn „fugitivus“ hier den dem wahren Herrn entlaufenen in den Besitz eines b. f. possessor gekommenen Sklaven bezeichnet. Oder aber es ist ein Sklave darunter zu verstehen, der die löbliche Gewohnheit des Ausreißens angenommen hat; dann ist beim Specieslegat auch eben nichts vermacht, von dem Onerirten nichts zu prästiren, als ein Ausreißer. Diese Auslegung empfehlen die Worte: „quia qualis sit, talis ex testamento praestari debet.“

Hiemit dürfte das Quellenmaterial, das gegen unsere Auffassung benutzt werden könnte, erschöpft sein. Denn das Argument a contrario von den Stellen in denen die Evictionsverbindlichkeit des Erben beim Genuslegat besonders hervorgehoben wird (fr. 29 § 3 de leg. III, fr. 58 de evict. 21, 2), ist hinfällig, zumal wenn man bedenkt daß auch nach meiner Auffassung erhebliche Verschiedenheiten anzuerkennen sind: das generische Legat verpflichtet den Erben stets zur Evictionsleistung, das specielle nur wenn der Erblasser

den Rechtszustand der legirten Sache gekannt hat, oder falls er ihn gekannt hätte den Legatar nicht schlechter bedacht haben würde; bei dem generischen Legat ist der Erbe auch für die Moralschulden der Sache verantwortlich, bei der Species nur für dingliche Rechte die auf ihr ruhen.

Einige Stellen scheinen aber auch direct für uns zu sprechen. Wollte ich eine Singularität gegen die Consequenzen der allgemeinen Grundregeln durchführen, so würden sie zum Beweis derselben vielleicht nicht ausreichen; da nur die Abweisung einer nicht zu erweisenden Singularität bezweckt wird, geben sie übervollen Beweis.

> fr. 71 § 1 de leg. I. de evictione an cavere debeat is qui servum praestat ex causa legati, videamus. et regulariter dicendum est, quoties sine judicio praestita res legata evincitur, posse eam ex testamento peti; ceterum si judicio petita est, officio judicis cautio necessaria est, ut sit ex stipulatu actio.

„qui servum praestat ex causa legati": wird damit gesagt daß die Verfügung lautete: „heres damnas esto servum dare," also ein Genuslegat war? Der Ausdruck „praestita res legata" paßt besser zur Verneinung dieser Frage, doch bleibt die Stelle zweifelhaft.

> fr. 66 § 6 de leg. II. fundo legato si ususfructus alienus sit, nihilominus petendus est ab herede. ususfructus enim, etsi in jure non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet. enimvero fundo relicto ob reliquas praestationes quae legatum sequuntur agetur, verbi gratia si fundus pignori datus, vel aliena possessio sit. non idem placuit de ceteris servitutibus.

Obwol herrührend vom Meister des Styls Papinian, steht auch diese Lex nicht über jedem Zweifel. Schon wer der „petendus" sei, der ususfructus oder der fundus, ist an sich zweifelhaft; aus dem folgenden scheint sich zu ergeben, daß der Usufruct gemeint gewesen. Ist dies richtig, so wird Papinians Entscheidung selber, in der Allgemeinheit in der sie vor uns tritt, bedenklich. Er vergleicht den Nießbrauch mit Pfandrechten, diese brauchte, wie wir wissen,

der Erbe bei dem Specieslegat (daß ein solches hier vorliegt wird kaum bestritten werden) nur unter gewissen Voraussetzungen abzulösen; sollte er beim Usufruct stets ablösungspflichtig gewesen sein? Es sind leicht Fälle denkbar, wo dies dem zweifellosen aber doch nicht ausdrücklich kund gegebenen Willen des Testators widersprechen müßte. Auch das „vel aliena possessio sit" ist nicht ganz klar. Die Schwierigkeiten der Stelle laufen darauf hinaus, daß sie die Evictionsleistungspflicht des Belasteten in noch weiterem Umfange als ich sie behaupte anzuerkennen scheint.

Deutlicher ist

> fr. 59 de evict. 21, 2: si res quam a Titio emi legata sit a me, non potest legatarius conventus a domino rei venditori mei denuntiare, nisi cessae ei fuerint actiones, vel quodam casu hypothecas habet.

Hiebei kann nur an das Legat einer Species gedacht sein; die Entscheidung des Pomponius wäre sinnlos, wenn in solchem Falle der Legatar überall keinen Anspruch auf Evictionsleistung gehabt hätte; nur wider den von dem der Erbe gekauft hat, also wider den auctor auctoris, soll der Bedachte, abgesehen von Ausnahmen, nicht vorgehen können. — Dem ähnlich

> fr. 40 eod.: si is qui satis a me de evictione accepit fundum a me herede legaverit [Specieslegat], confestim fidejussores liberabuntur, quia etiamsi evictus fuerit ab eo cui legatus fuerat, nulla adversus fidejussores actio est.

Liberirt sind die Fidejussoren durch Confusion; hätte der Legatar gar keinen Anspruch auf Evictionsleistung, so hätte Julian die behandelte Frage nicht aufwerfen dürfen, der Fall hätte nichts absonderliches und wäre zu entscheiden gewesen wie alle andern Fälle, wo der Erblasser die legirte fremde Sache nicht von dem Onerirten, sondern von einem beliebigen Dritten gekauft, und von diesem auch die Bürgen gestellt erhalten hätte.

---

§ 8. Bei der Dos finden wir einfach die hier behaupteten Grundsätze bestätigt. Wer zur Bestellung einer Dos verpflichtet war, der ist wenn die zur Dos gegebenen Stücke evincirt werden evictionsleistungspflichtig, denn er hat in diesem Falle keine, oder eine zu kleine Dos bestellt. Wer eine Dos gegeben ohne dazu verbunden zu sein, trägt nur unter besonderen Voraussetzungen die Verantwortung der Eviction; wenn er sie durch besondern Vertrag übernommen, oder durch Dolus sich aufgebürdet hat. Ist die dos venditionis causa aestimata, so haftet wer sie gegeben nicht sowol als Besteller der Dos, denn als Verkäufer der einzelnen Stücke.

Die meisten dieser Sätze ergeben sich aus längst bekannten Quellenzeugnissen und sind h. z. T. allgemein angenommen. Auch der Streit, ob c. 1 de j. dot. 5, 12 mit den Worten „si pollicitatio vel promissio fuerit interposita" auf die verschiedenen Arten des Dotalversprechens, oder auf ein die Dotalbestellung begleitendes besonderes Evictionsleistungsversprechen deute, ist jetzt wol als ausgekämpft anzunehmen; vgl. v. Vangerow Lehrb. I § 217 Anm. 2., Arndts Pand. § 403 Anm. 1.

Dagegen wird bei der dos necessaria die Verbindlichkeit des schuldigen Gebers zur Evictionsleistung noch immer von einzelnen (z. B. v. Vangerow a. a. O.) geleugnet, von andern anerkannt (vgl. Arndts a. a. O.). Man meint es fehle an directer Entscheidung in den Quellen, und behilft sich darum mit Deductionen. Irre ich nicht, so ist die directe Entscheidung gegeben in

> fr. 34 de j. dot. 23, 3: mater cum filiae aurum dedisset utendum, pater puellae id aurum in dotem viro adpendit, dein mortua est mater. si inscia invitave uxore vir id aurum in dotem dedisset, manet id aurum heredis matris vindicarique potest, et eo minorem [oder nach der Vulgata „omnino rem in"] dotem viro datam [Vulg. „non"] esse placuit. quia res evicta est marito, competit adversus socerum actio.

Jede andere Begründung der Evictionsleistungspflicht müßte in die Stelle hineingetragen werden; gesagt ist nur der Vater der Frau hat

die Dos gegeben, der Vater wird auf Evictionsleistung belangt. Man muß also annehmen daß er eben als Vater, d. h. wegen der ihm als Vater obliegenden Verbindlichkeit eine Dos zu bestellen, auch zur Evictionsleistung gehalten ist. Dann ist hiernach die Meinung von Arndts zu berichtigen, daß nur die Frau „auf bessere Erfüllung der Verbindlichkeit klagen" könne, „der Mann nur sofern ihm etwa die Frau ihren Dotationsanspruch abgetreten hat". Die Römer sind in dieser Richtung einen Schritt weiter gegangen und geben nach geschlossener Ehe dem Mann die Klage unmittelbar.

Noch mag ausdrücklich hervorgehoben werden, daß so bei der dos necessaria wie bei der d. promissa die Evictionsleistungspflicht nur wirksam wird falls nach durchgeführter Eviction der Mann weniger von der Dos in Händen behält, als was er ursprünglich zu fordern berechtigt war.

II. Von der Eviction.

§ 9. Was ist Eviction? Der vorige Abschnitt handelte von der Begründung der Evictionsleistungspflicht; hier fragt sich unter welchen Voraussetzungen der Pflichtige als solcher belangt werden könne. Die Römischen Quellen sind nicht ohne Vorsicht zu gebrauchen, denn sie beantworten meist nur die Frage wann aus der duplae stipulatio zu klagen sei:

> fr. 16 § 1 de evict.: duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnàtus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.
>
> fr. 21 § 1 eod.: inde Julianus l. XXXXIII eleganter definit duplae stipulationem tunc committi, quoties res ita amittitur, ut eam emptori habere non liceat propter ipsam evictionem.

Auch scheinbar weiter zielende Stellen laufen doch hierauf hinaus:

> fr. 35 eod.: evictus autem a creditore tunc videtur cum fere spes habendi abscissa est. itaque .... committitur quidem stipulatio. . . .

fr. 57 pr. eod.: habere licere rem videtur emptori et si is, ... tunc enim nulla competit emptori ex stipulatu actio.

Aber diese a. ex stipulatu selber kennt unser Recht nicht mehr, und schon bei den Römern waren die Voraussetzungen der andern Klagen wegen Eviction, namentlich der a. ex empto, andere als die der duplae actio.

Die Voraussetzungen des Regresses wider den Auctor sind nach der Verschiedenheit der Geschäfte, die zwischen dem Auctor und dem Empfänger zu Stande gekommen, verschieden. Ueberall treten Rechte Dritter hervor, gerichtet auf die Sache welche der Auctor geleistet hat; doch welche Rechte und welches Hervortreten derselben den Regreß bedingen, das bestimmt sich nach der Natur der Leistung die das Geschäft erheischt. Da die Principien auf denen der Regreß beruht in all diesen Fällen dieselben sind, so kann es nur zweckmäßig sein alle Fälle einer gemeinsamen Betrachtung zu unterwerfen. Aber die Ausdrücke „Eviction" „Evictionsleistung" sind offenbar zu eng. Darum ist der Frage „was ist Eviction" die allgemeinere zu substituiren „welches Hervortreten der Rechte Dritter begründet den Regreß wider den Auctor"? Bei der Antwort haben wir erst (§ 10—15) auf die hervortretenden Rechte, sodann (§ 16—18) auf die Art des Hervortretens selber zu sehn.

§ 10. Obligationen zum dare sind zweifellos nicht erfüllt, wo das Eigenthum, oder solche b. f. possessio eines Dritten hervortritt daß die a. Publiciana desselben wider den Eigenthümer durchdringt.

Nicht ebenso unbedenklich, daß auch wo Pfandrechte (fr. 20 de solut. 46, 3), oder Nießbrauch (fr. 66 § 6 de leg. II), oder dem entsprechend Emphyteuse und Superficies Dritten zuständig bleiben, die datio als nicht vollbracht anzunehmen ist. Gewis daß das Geschäft auch darauf gestellt werden kann: die Sache solle gegeben, in das Eigenthum des Empfängers gebracht werden, aber mit all den dinglichen Rechten die daran haften. Fraglich nur was dann anzunehmen, wenn die Contrahenten hierüber nichts ausge-

sprochen haben. Bei dem gültigen Specieslegat hat der Erbe die Pfandrechte, wenn nicht anderes ausdrücklich gesagt ist, abzulösen, nach der Constitution von Alexander Severus (c. 6 de fideic. 6, 42), ebenso den Nießbrauch nach Papinians Entscheidung (fr. 66 § 6 cit.), nach derselben auch Emphyteuse und Pfandrecht. Man wird dies analog auf andere obligationes ad dandum übertragen dürfen.

Zu unterscheiden von diesen Verpflichtungen zum dare schlechthin sind die zum „dare ut habere liceat“, wie solche aus dem Generallegat hervorgehen. Der Erbe prästirt hier auch das „noxiis furtisque solutum esse“ (fr. 45 § 1 de leg. I), überhaupt wol alles was von dem Verkäufer zu leisten wäre; ebenso wie auch von dem Vertauscher alles gleich dem Verkäufer zu leisten ist (fr. 2 de rer. perm. 19, 4). Ein gleiches „dare ut habere liceat“ wird denn auch wol in allen andern Fällen zu erfordern sein, wo die Obligation auf das dare eines Genus geht (cf. fr. 46 de leg. I).

Daß Realservituten gegen das Grundstück geltend gemacht werden, dürfte der Erbe überall nicht zu vertreten haben (fr. 66 § 6 cit.: „non idem placuit de ceteris servitutibus“).

§ 11. Am meisten praktische Bedeutung kommt der Frage zu, gegen welche Rechte Dritter der Verkäufer Gewähr zu leisten hat. Pfandrechte Personalservituten und was denen gleich kommt, stehn hier außer Frage.

Bestritten und zweifelhaft sind die Realservituten. Man wird den Ausführungen Neustetels (N. u. Zimmern Röm. r. Unters. S. 216 f.) Anerkennung nicht versagen, auch wenn man von ihnen nicht sich überzeugen läßt (vgl. v. Vangerow Lehrb. § 610 A. 3). Gegen die von Neustetel behauptete Haftbarkeit des Verkäufers hat die große Mehrzahl der Juristen sich ausgesprochen, die in neuerer Zeit auf die Frage gekommen sind. Auch das O. A. G. zu Lübeck ist von seiner älteren noch im J. 1844 befolgten Praxis in einem Erkenntnis aus dem J. 1853 (Römer, Entsch. in Frankf. R. Sachen I 1 S. 126) in gleichem Sinne abgegangen. Vgl. noch das Erk. d. O. A. G. zu Cassel in Seufferts Arch. XII 258.

Viel seltener als die ebenberührte ist die Frage behandelt, ob der Verkäufer schon darum in Anspruch genommen werden könne, weil ein Dritter sein jus possessionis wider den Käufer durchgeführt. Calletus (Tr. de evict. V 3, in Meerm. thes. II S. 337) will nach fr. 38 § 3 de V. O. 45, 1 in diesem Falle die a. ex stipulatu zulassen; dagegen sagt v. Wening Ingenheim ausdrücklich (Lehrb. II § 361) unter Bezugnahme auf fr 11 § 13, fr. 35 de A. E. V. 19, 1 daß nur die Contractsklage zur Anwendung habe kommen dürfen; Mühlenbruch (Lehrb. II § 399 N. 1) und Sintenis (Civilr. II § 116 N. 144) geben eine Klage ohne über die Natur derselben sich auszusprechen. Nach den Quellen wird man nicht lange im Zweifel sein, die Klage aus der Römischen Evictionsstipulation für unzulässig zu erklären. Vgl. noch fr. 27, 29, de evict.; fr. 27, 28 eod.; fr. 21 eod., fr. 14 § 1 de V. S. 50, 16, — die Worte des fr. 38 § 3 cit.: „sed de possessione nuda controversiam fecerit" sollen den Gegensatz zum Streit „de proprietate" bezeichnen, aber gleichfalls auf einen Streit über dingliches Recht sich beziehn; das beweist auch der Schluß, „habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur ex jure quod habuit". Ebenso gewis muß man die a. ex empto zulassen, hinsichts deren aber Müller (a. a. O. S. 291 f.) die Meinung aufstellt, daß sie in dieser Anwendung nicht als Evictionsklage, sondern als Klage wegen eines „von der Nichtgewährung des habere licere unabhängigen Mangels der Erfüllung nach der Seite der traditio vacuae possessionis" zu erfassen sei. Er zieht hieraus praktisch wichtige Consequenzen:

I. die Klage solle schon begründet sein, sobald ein Dritter sich im Besitz befindet der den Käufer wirksam an der Besitzergreifung hindert; die Ueberwindung des Erwerbers im Besitzprocesse nicht erforderlich sein;

II. die Klage solle auch die Litisdenuntiation an den Auctor nicht erfordern;

III. sie soll von wirklicher Evictionsklage dadurch verschieden

sein, daß sie zunächst auf Verschaffung der vacua traditio gehe.

Diese ganze Behauptung von der Unterschiedenheit beruht wieder lediglich auf einem Verkennen der Natur der regelmäßigen Evictionsklage ex empto. Müller übersieht daneben daß nicht die ganze Evictionsleistungspflicht des Verkäufers in die duplae stipulatio übertragen zu werden pflegte, und daß also von der stipulatio non commissa nicht auf das Nichtdasein einer von dem Verkäufer zu vertretenden Eviction zu schließen ist. Mit der Behauptung, daß „die Wirkung einer definitiven jede Aussicht auf die Rückkehr des entzogenen Habens ausschließenden Entreißung als quellenmäßiges Merkmal des Evictionsbegriffs" zu bezeichnen sei (S. 296), tritt er selber in Widerspruch, wenn er (S. 286) das int. quod legatorum unter den Rechtsmitteln aufführt durch welche die Eviction sich vollzieht. Mit den angeblichen praktischen Verschiedenheiten aber steht es so:

ad I. Daß auch ohne richterliche Entscheidung dem Käufer der den Besitz nicht behauptet Regreß wider den Verkäufer zustehe, folgt aus den beiden Hauptstellen nicht:

fr. 35 de A. E. V.: . . . et interdicto victus sit. . . .
fr. 11 § 13 eod.: . . . ut in lite de possessione potior sit. . . .

Müller bezieht sich noch auf fr. 2 § 1 de A. E. V. Aber wenn Käufer vor der bloßen durch nichts erhärteten Behauptung des Dritten irgendwie immittirt zu sein zurückweicht, so sehe ich keine Möglichkeit ihm aus dieser Stelle eine Klage wider den Verkäufer zu geben. Wäre dagegen das Besitzrecht des Dritten übrigens zweifellos, so ist das Einlassen auf den Evictionsproceß hier so wenig wie in andern Fällen eine unentbehrliche Voraussetzung der Evictionsleistungsklage (vergl. § 17).

ad II. Ganz ähnlich steht es mit dem Richterfordernis der Litisdenuntiation; auch hiefür hat Müller keinen Beweis, und alles was zuzugeben, daß die Bedingungen, unter denen die L. D. erläßlich ist, hier dieselben sind wie anderswo (vgl. § 18).

ad III. Wenn hier zunächst auf traditio vacuae possessionis zu klagen ist, so steht dies mit dem Petitum bei andern Evictionsleistungsklagen ganz im Einklang (vgl. § 20 a. E.).

§ 12. Partialeviction: wo das hervortretende Recht des Dritten nur auf einen Theil der geleisteten Sache sich bezieht. Wer das Ganze zu leisten hat muß auch für die Eviction des Theils aufkommen, fraglich nur ob was evincirt ist wirklich als Theil des zu leistenden Ganzen angesehn werden muß.

Man unterscheidet ideale Theile und reale Stücke. Daß ohne ausdrückliche Beschränkung ein quoter Theil der zu leistenden Sache nicht mitzuleisten wäre, der Schuldner also mit Leistung der andern Quote derselben Sache abkommen könnte, ist nirgends anzunehmen. Der fehlende ideale Theil ist Theil des zu leistenden Ganzen, er muß als solcher nachgeleistet werden, in Natur oder in seinem Werth, gleichviel ob er nie geleistet oder nach der Scheinleistung entwährt wäre. Darüber ist im allgemeinen und insbesondere betreffs der Anwendbarkeit der a. empti kein Zweifel:

fr. 1 de evict. 21, 2. cf. fr. 49 eod.

Nur ob aus der duplae stipulatio geklagt werden konnte, ist nicht unbedenklich:

fr. 56 § 2 eod. (Paul.): in stipulatione duplae cum homo venditur partis adjectio necessaria est, quia non potest videri homo evictus cum pars ejus evicta est.

Wogegen Papinian im fr. 64 eod. wegen Eviction ideeller Theile des Fundus die Klage aus der Stipulation unbedingt zuzulassen scheint. Schon die Glossatoren haben den Widerspruch auszugleichen versucht; und bis auf den heutigen Tag ist man zu völlig befriedigender Vereinigung nicht gekommen (vgl. Sintenis Civilr. II § 116 N. 157). Für das geltende Recht ist die Frage bedeutungslos, das Römische anlangend zeigen sich zwei Auswege: entweder, was Paullus (fr. 56 cit.) sagt gilt nur bei der Entwährung von Sklaven und diesen gleichzustellenden Sachen, so schon der Glossator Johannes, dann Accursius Bartolus Duarenus Donellus Cujacius Molinaeus Noodt, neuerdings Sintenis, unter sich freilich nicht ganz

im Einverständnis; oder Papinian (fr. 66) spricht gar nicht von der Entwährung eines Theils einer verkauften Sache. Dann hätte bei der stipulatio duplae allgemein die Regel gegolten, wie sie Paullus allgemein motivirt,

quia non potest videri homo evictus cum pars ejus evicta est;

die Stipulation wäre überall parte evicta noch nicht committirt, und würde praktisch nutzbar erst wenn dieser ersten und mehr idealen Geltendmachung des fremden Rechts die Theilungsklage gefolgt wäre (fr. 34 § 1 de evict.). Die hiernach anzunehmende Auslegung des fr. 64 cit. folgt im nächsten Paragraphen.

Anders bei Eviction realer Stücke, hier ist die Frage nicht überflüssig, ob denn das Entwährte wirklich ein Stück des zu leistenden Ganzen. Ueberflüssig ist sie wieder bei den Sachen die die Römer mit dem Ausdruck ἡνωμένον bezeichnen; bei allen andern nicht, auch nicht bei dem Grundstücke. Ich verkaufe beispielsweise das s. g. „Ackermannsche Grundstück"; von dem Lande das ich dem Käufer übergebe werden nachher zwanzig Ruthen evincirt; diese sind vielleicht nie ein Stück des betreffenden Grundstücks gewesen, ich hätte dieselben gar nicht mit zu leisten gehabt, und bin nun darum auch nicht evictionsleistungspflichtig. Anders wenn ich die Grenzen gezeigt, oder ein bestimmtes Maß Landes angegeben hätte, das von dem was nach der Eviction übrig bleibt nicht mehr erreicht wird. Stets wiederholt sich die einfache Regel, was nach Maßgabe der bestehenden Obligation zu leisten war, wegen dessen lastet nach geschehener Tradition auf dem Auctor die Evictionsleistungspflicht. Man vergleiche:

fr. 1, 39 § 2, 64 § 3, de evict., Eviction realer Stücke des Grundstücks für welche Verkäufer aufzukommen hat;

fr. 2 de A. E. V. 19, 1, fr. 4 § 1, 13 § 14, fr. 42, eod., fr. 69 § 6 de evict., Evictionsleistungspflicht weil was dem Käufer bleibt den modus dictus nicht erreicht;

fr. 16 pr. de evict., Klage ex empto wegen Eviction von Accessionen „quemadmodum ea quae empto fundo

nominatim accesserunt, si evicta sint, simplum praestatur";

fr. 45 de evict., c. 10 eod. 8, 45, Verhaftung weil ein Stück innerhalb der gemeinsamen Grenzen evincirt ist;

c. 10 cit., keine Evictionsleistungspflicht wegen einer „lis finalis" wenn das Grundstück „suis finibus" verkauft ist; das evincirte Stück ist hier eben kein Stück des geschuldeten Fundus.

Uebrigens sind dies keine nur bei der Leistung von Immobilien geltenden Regeln: Ulpian (fr. 1 de evict.) und Gajus (fr. 49 eod.) sprechen von der „pars" schlechthin, wenngleich sie zunächst an die „pars fundi" denken mochten. Die Eviction von Früchten und Accessionen von Mobilien behandelt Julian (fr. 8, 43 de evict.) und erklärt die a. ex empto für zulässig, aber nicht die a. ex stipulatu. Was bei einer größeren aus verschiedenen Bestandtheilen zusammengesetzten Sache, z. B. einem Schiff oder Hause, falls eine Aufzählung der einzelnen Stücke unterblieben mitzuleisten ist, was nicht, das ist lediglich quaestio facti: worauf ging der in nicht zweifelloser Form ausgedrückte maßgebende Wille. Aus den Quellen sind hier noch beachtenswerth:

fr. 36 de evict. (Paul.): nave aut domo empta, singula caementa vel tabulae emptae non intelleguntur; ideoque nec evictionis nomine obligatur venditor, quasi evicta parte;

und dagegen:

fr. 44 eod. (Alfen.) scapham non videri navis esse.... omnia autem quae conjuncta navi essent, veluti gubernacula malus antennae velum, quasi membra navis esse.

fr. 23 § 1 de usurp. 41, 3 (Javol.): [qui aedes mercatus est] si autem columna evicta fuerit, puto ex empto cum venditore recte acturum, et eo genere rem salvam habiturum.

Dasselbe gilt auch für die Evictionsleistung bei universitates rerum. Was nach den Bestimmungen des die Verpflichtung zur Leistung der Sachgesammtheit begründenden Geschäfts als zur Universitas gehörig angenommen werden muß, hat der Auctor zu vertreten; was sonst evincirt würde nicht, denn die Eviction bewiese eben daß es nicht zu der fraglichen Gesammtheit gehörte. Sehr lehrreich ist

fr. 5 de evict.: servi venditor peculium accessurum dixit: si vicarius evictus sit, nihil praestiturum venditorem Labeo ait, quia sive non fuerit in peculio non accesserit sive fuerit injuriam a judice emptor passus est; aliter atque si nominatim servum accedere dixisset, tunc enim praestare deberet, in peculio eum esse. — cf. fr. 33 pr. de aed. ed. 21, 1. c. 1 de evict: ... evictio quoque non praestatur in singulis rebus cum hereditatem jure venisse constat, nisi aliud nominatim inter contrahentes convenit.

Die ältere noch von Glück vertretene Lehre, die zwischen universitates juris und facti unterscheiden wollte, ist jetzt wol als gänzlich beseitigt zu betrachten (vgl. Sintenis a. a. O. N. 147).

§ 13. An die Lehre von der Behandlung der Sachgesammtheiten schließt sich folgender Satz des Römischen Rechts: wenn ein Geschäft sich auf gleichmäßige Leistung mehrer Sachen bezieht, ohne Unterschied ob man eine solche Mehrheit als Gesammtheit aufzufassen und zu bezeichnen pflegt, so soll nicht Ein Geschäft sondern eine Mehrheit gleichartiger Geschäfte, entsprechend der Anzahl der einzelnen Sachen angenommen werden. Man kann nicht sagen daß dieser Satz von den Römern mit höchster Consequenz durchgeführt worden, aber er wird doch im allgemeinen anerkannt und bei Einzelentscheidungen nicht selten zu Grunde gelegt.

fr. 29 pr. de V. O. 45, 1 (Ulp.): scire debemus in stipulationibus tot esse stipulationes quot summae sunt, totque esse stipulationes quot species sunt — Ausnahmen bei einem Haufen Geldes und dergleichen. stipulationem quoque legatorum constat unam esse, quamvis

plura corpora sint, vel plura legata; sed et familiae vel omnium servorum stipulatio una est, itemque quadrigae aut lecticariorum stipulatio una est; at si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt quot res.

Weniger als Ulpian scheint Celsus Ausnahmen zuzuneigen:

fr. 79 pr. de leg. III: si chorus aut familia legetur, perinde est quasi singuli homines legati sint.

Die Regel in ihrer Anwendung auf Kauf und Evictionsleistung bespricht Callistratus:

fr. 72 de evict.: cum plures fundi specialiter et nominatim uno instrumento emptionis interposito venierint, non utique alter alterius fundi pars videtur esse . . . ; et sicut aliarum quoque rerum complurium una emptio facta sit, instrumentum quidem emptionis interpositum unum est, evictionum autem tot actiones sunt quot et species rerum sunt, quae emptione comprehensae sunt.

Man teuscht sich leicht über die Tragweite der Regel; sie entscheidet nicht sowol die Frage, für welche Sachen Eviction zu leisten ist, als sie auf das Maß des Evictionsleistungsanspruchs sich bezieht, wo dieser übrigens als begründet anzunehmen ist. Die strenge Durchführung derselben führt zur Beschwerung des Leistungspflichtigen, der falls er bei der einen Sache zuviel bei der andern zuwenig geleistet hätte, nicht verlangen könnte daß der Ueberschuß dort ihm auf das Fehlende hier zu gut gerechnet werde. Dennoch halten die Römischen Juristen meist an der Regel fest.

fr. 47 de evict (Afric.): si duos servos quinis a te emam, et eorum alter evincatur, nihil dubii fore quin recte eo nomine ex empto acturus sim, quamvis alter decem dignus sit; nec referre separatim singulos an simul utrumque emerim.

Man vergleiche damit fr. 4 § 1 de A. E. V. von Paullus und fr. 22 eod. von Julian, bezüglich beide auf den Verkauf von Land-

gütern deren einzelne Stücke „vinea, olivetum, pratum“ specialisirt sind. Eben diese Frage erörtert Paullus eingehend im fr. 42 de A. E. V.:

> similis quaestio esse potest ei, quae in duobus fundis agitata est, et si quis duos statu liberos uno pretio vendat, et dicat unum decem dare jussum qui quindecim dare debebat; nam et hic tenebitur ex empto actione, quamvis emptor a duobus viginti accepturus sit. — sed rectius est in omnibus suprascriptis casibus lucrum cum damno compensari et si quid deest emptori sive pro modo sive pro qualitate loci hoc ei resarciri.

Daß der Schlußsatz, von „sed rectius“ ab, nicht von Paullus sondern von Tribonian herrühre, ist eine alte Vermuthung. Er beruht augenscheinlich auf einem Durchbruch des Billigkeitsgefühls, das die Anwendung der Regel in schreienden Fällen verbietet.

Die Regel selber ist noch zur Erläuterung des bekannten fr. 64 de evict. von Papinian zu benutzen, dessen Schwierigkeit bis in die neueste Zeit viele Interpretationsversuche hervorgerufen hat. Es handelt sich um „mille jugera tradita,“ tradirt offenbar aus einem Verkauf, derentwegen die dupla, sagen wir im Betrage von 2000 versprochen ist. Der Jurist bespricht einerseits den Fall „si totus fundus evictus sit,“ andererseits Quotenevictionen nachdem von den tausend Joch zweihundert abgeschwemmt oder zweihundert zugeschwemmt, oder auf einer Seite zweihundert ab und auf der andern ebensoviel angeschwemmt sind. Ist es die Aufgabe der Interpretation, Ein Princip zu entdecken, das sämmtlichen Entscheidungen zu Grunde liegt, so verzichte ich auf die Lösung, die aber auch sonst niemand schon gelungen ist. Denn wird der ganze Fundus evincirt, so soll ein wie alle Male, ohne Rücksicht auf Ab- und Anschwemmungen, die ganze Stipulationssumme gezahlt werden, bei den Partialevictionen aber bleiben die Abschwemmungen wenigstens nicht unberücksichtigt. Dies führt dahin daß, vorausgesetzt daß die Dupla ungefähr dem Werth entspricht den das Land für den Käufer hat,

nach starken Abschwemmungen nichts dem Käufer günstigeres geschehen könnte als Eviction des ganzen Grundstücks, indem er hier aus der Dupla auch für das abgeschwemmte Land Ersatz bekäme; wogegen bei nur Quotenevictionen der Ersatz nur dem Lande entspräche das die Eviction ihm entzogen hat. Die Inconsequenz dieser Entscheidungen tritt besonders deutlich hervor, wenn man den Fall der Totaleviction, die ein alleiniger Eigenthümer durchführt, vergleicht mit dem andern Falle, wo zwei Miteigenthümer, deren jedem das Grundstück zur einen Hälfte gehört, gegen den Käufer mit getrennten Evictionsklagen durchdringen. Es dürfte unnöthig sein dies durch eine Berechnung nach Papinians Vorgang zu erläutern.

Ich meine also daß wir uns daran genügen lassen müssen, Ein Princip zu erkennen aus dem die Beurtheilung all der Quotenevictionsfälle sich erklärt. Liebes Auslegung (Weiske Rechtslexicon, A. Gewährleist. IV. S. 819) ist nicht ganz klar:

> evincirt ist ein ideeller Theil des Ganzen, so wird der zu leistende Betrag nach dem Verhältnisse dieses Theils zum ursprünglichen Ganzen berechnet.

Das soll nicht heißen, in dem Verhältnis des Quoteneigenthums des Evincenten zum ganzen, denn nach einer Abschwemmung soll wenn das Recht auf ein ideelles Viertel durchgesetzt ist die duplae stipulatio doch nur zum fünften Theil committirt werden; aber auch nicht, im Verhältnis des realen Stückes Landes, das nach durchgeführter Quoteneviction abzugeben ist, zu dem „ursprünglichen Ganzen"; denn nach der Anschwemmung bekommt der Evincent, der Miteigenthümer zum Fünftel ist, 240 J., das ursprüngliche Ganze umfaßte 1000 J., aus der Stipulation „pars quinta praestabitur", bekanntlich aber verhält sich doch nicht 1 : 5 wie 240 : 1000. Kurzum Liebe hat nicht richtig gerechnet, oder die Grundlagen seiner richtigen Rechnung nicht deutlich dargelegt.

Ebensowenig kann man Vangerow (Lehrb. III. § 610 Anm. 1) beipflichten. Für den Fall der Partialeviction nach abgeschwemmten 200 J. hält er zwei Auslegungen für möglich. Entweder der vierte Theil pro indiviso sei evincirt, Verkäufer aber brauche nur

den fünften Theil der Stipulationssumme (= 4000 nach unserer Annahme) zu erlegen; oder Verkäufer war Eigenthümer zu $4/_5$, „während $1/_5$ also ducenta jugera pro indiviso im Miteigenthum des X stehen", nach der Abschwemmung evincirt X seine ducenta pro indiviso, da die Eviction auf $1/_5$ geht, so lag es nahe auch den Auctor „$1/_5$ der ganzen Stipulationssumme leisten, also für 200 J. (d. i. $1/_4$ des Fundus wie er jetzt nach der Abschwemmung ist) einstehen" zu lassen, dies verwirft Papinian, „duplae stipulatio pro parte quinta (scil. 800 jugerum) praestabitur." Diese zweite Interpretation setzt eine Verschrobenheit des Ausdrucks voraus, wie wir sie Papinian nicht zutrauen dürfen: die dupla ist stets eine bestimmte Summe, „duplae stipulatio pro parte quinta praestabitur" kann nur heißen daß von dieser Summe, nicht daß von einer andern erst durch die Regeldetri zu ermittelnden, der fünfte Theil erlegt werden soll.

Sehe ich recht, so beruhen Papinians Entscheidungen aller Partialevictionsfälle auf dem Gedanken, daß wo mille jugera verkauft worden, eigentlich tausend Grundstücke von je einem Joch als mit einem Geschäft verkauft anzunehmen (cf. fr. 72 de evict.), und also auch tausend Evictionsleistungsklagen (auf je 20) begründet seien. Sind nun 200 J. abgeschwemmt, ein Miteigenthümer evincirt von den übrigen noch 200 (folgt hieraus daß Evincent Miteigenthümer zu $1/_4$ sein muß), so ist doch nur für die evincirten 200 J. Eviction zu leisten, mit 4000, d. h. $1/_5$ von der ganzen dupla, obwol ein Viertelseigenthum gegen den Käufer geltend gemacht ist. Zweitens: 200 J. sind angeschwemmt, „pro indiviso pars quinta" wird evincirt, d. h. 200 von den verkauften 1000 J., mit dem verhältnismäßigen Zuwachs von 40 J. angeschwemmtes Landes. Von diesen 240 ist nur für 200 die dupla versprochen, für das angeschwemmte Land ist keine Gewähr übernommen, „alluvionis periculum non praestat venditor", also Regreß als ob nur jene 200 evincirt wären, „pars quinta praestabitur*)". Drit-

*) Wäre die von Vangerow empfohlene Auslegung des Principium richtig,

tens: hier sind 200 abgespült, dort ebensoviel angetrieben und wieder „pro indiviso quinta pars evicta". Käufer hat hier von den gekauften noch 800 J.; daneben 200 die nicht gekauft, nicht von der duplae stipulatio gedeckt sind. Von allem muß er den fünften Theil restituiren, 160 J. von den erkauften, 40 von den angeschwemmten. Wegen des Anspruchs aus der Evictionsstipulation werden wir zu eben der Antwort gedrängt die Papinian giebt:

> perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta;

also 3200 soll der Auctor zahlen, „nec pars quinta mille jugerum debetur nec quarta evictionis nomine", sondern $^{32}/_{200}$ der ganzen Summe, d. h. vier Fünfundzwanzigstel.

So wenig ich also im Stande bin die Incongruenz der Entscheidungen Papinians für die Fälle gänzlicher und die einer nur ideelle Theile betreffenden Entwährung zu rechtfertigen, so lassen sich doch hiernach die Grundgedanken auf welchen dieselben im einen und im andern Falle beruhen in klaren Bildern einander gegenüberstellen. „si totus fundus evictus sit" betrachtet Papinian das voraufgehende Kaufgeschäft als Verkauf Eines Grundstücks, und kann darum die weiteren Schicksale dieses Grundstücks bis zur Eviction den Deteriorationen vergleichen, die ein Sklave unter übrigens gleichen Umständen erleidet. Sobald er aber auf die Quotenevictionen sieht, verwandelt sich das Verkaufsobject aus Einem fundus in mille jugera, d. h. tausend zusammenverkaufte Grundstücke von je einem Joch. Diese Veränderung der Anschauung zieht den Wechsel der Entscheidungen mit Nothwendigkeit nach sich.

§ 14. Rechte von obligationenartiger Natur. Gehören diese, wie allgemeine Abgaben und Steuern, ihrem Ursprung nach dem öffentlichen Rechte an, so hat regelmäßig der Auctor sie nicht zu vertreten. Es haftet der Verkäufer nur a) falls er erklärt

---

so müßte man hier im § 1 unseres Fragmentes dies Fünftel als pars quinta 1200 jugerum verstehen dürfen, und also, wie oben zu 160, hier zu 240 J. berechnen, was Vangerow offenbar ebenso wenig will wie Papinian.

hat daß die capitatio soviel und nicht mehr betrage, für jeden höheren Belauf derselben (c. 9 de A. E. V. 4, 49). Der Grund, daß er für seine dicta und promissa aufzukommen hat, ohne Unterschied ob er selber im guten Glauben war oder nicht.

b) Im Fall des Dolus (fr. 13 § 6 de A. E. V. 19, 1 — cf. fr. 39. eod.); als solcher gilt auch das wissentliche Verschweigen eines vorhandenen tributum (fr. 21 § 1 eod.).

Sind die Abgaben nicht allgemeine, so scheint es daß der Verkäufer umgekehrt regelmäßig sie zu vertreten hat.

> fr. 41 de A. E. V.: in venditione super annua pensitatione pro aquaeductu infra domum Romae constitutam nihil commemoratum est. deceptus ob eam rem ex empto actionem habebit. itaque si conveniatur ob pretium ex vendito ratio improvisi oneris habetur.

Es kommt auf die Auslegung des „deceptus" an: „der sich geteuscht hat", oder „der vom Verkäufer geteuscht ist"; für das erste scheint der Ausdruck „improvisi oneris" zu sprechen. Demnach machte die Verhaftung des Verkäufers die Regel, die aber dann nicht einträte wo der Käufer die Last gekannt hätte (cf. c. 18, 27 de evict. 8, 45). Mit fr. 41 cit. zu verbinden ist fr. 13 § 6 eod.: hier wird erwähnt, daß der Verkäufer

> legem consignaverit, si qua tributorum aut vectigalis indictionisve quid nomine aut ad viae collationem praestare oporteret, id emptorem dare facere praestareque oportere.

Aus dem Vorkommen solcher Nebenverabredungen ist wenig zu folgern, namentlich nicht daß wo sie fehlten Verkäufer stets für all die genannten Lasten habe aufkommen müssen, indem es wohl denkbar ist, daß sie nur zur Anwendung kamen um wissende Verkäufer zu befreien. Daß diese Art im vorliegenden Fall dem Verkäufer doch nichts helfen soll, macht uns auch nicht viel klüger, da die dolose Handlungsweise desselben zu Tage liegt, und ein pactum de non praestanda evictione bei zweifellosem Dolus auch sonst nichts nützt (fr. 11 § 15 § 18 de A. E. V., fr. 1 § 1, 6 § 9 fr. 39 eod.).

Die speciellen Quellenzeugnisse scheinen also an sich kaum ausreichend jeden Zweifel zu beseitigen; in Verbindung mit dem was übrigens feststeht, dürften sie dennoch zur Entwicklung der Lehre genügen. Abgaben die aus allgemeiner Rechtsregel fließen, sind als allgemein, also auch dem Käufer bekannt anzunehmen, der darum ihretwegen nichts vom Verkäufer zu fordern hat, wo nicht besondere Zusage oder Dolus platzgreifen. Andere Lasten des Grundstücks hat der Käufer nicht zu kennen, daher Verkäufer regelmäßig zu vertreten. Er wird frei von dieser Verbindlichkeit wenn Käufer doch die Lasten gekannt, insbesondere also wenn er, Verkäufer, ihn in Kenntnis derselben gesetzt hat, respectiv durch den Vertrag daß Käufer derartige Lasten übernehmen solle; wozu jedoch zu bemerken, daß wenn solcher Vertrag allgemein gefaßt ist, Verkäufer aber einzelne Lasten gekannt und absichtlich verschwiegen hat, trotz dem Vertrage der Verkäufer wegen Dolus ex empto zu belangen ist (fr. 13 § 6 cit., fr. 1 § 1, 6 § 9, 39 de A. E. V. — fr. 69 § 5 de evict. 21, 2).

Bei rein privatrechtlichen Lasten auf einem Grundstück könnte ein Zweifel an der Richtigkeit dieser Sätze nur durch die Analogie der Realservituten hervorgerufen werden. Man denke z. B. an eine a. aquae pluviae arcendae, betreffs deren bestimmter Entscheid meines Wissens in den Quellen fehlt, oder an Reallasten und Bannrechte die auf dem Grundstück liegen. Ich glaube nicht daß bei allen diesen nach der Analogie der Realservituten geurtheilt werden darf. Es ist singuläres Römisches Gewohnheitsrecht das den Verkäufer für Prädialservituten nicht haften läßt; es ist hervorgegangen daraus, daß bei den Römern solche Servituten sehr gewöhnlich waren; daß jeder vorsichtige Käufer sich durch die Clausel „fundus uti optimus maximus“ zu sichern pflegte, daß also wo dies unterblieb anzunehmen war, der Käufer habe den daraus etwa hervorgehenden Nachtheil auf sich nehmen wollen. Es gilt bei uns wie andere singuläre Sätze des Römischen Rechts, und darf nicht analog weiter ausgedehnt werden.

Man könnte versucht sein dem Fehlen der Gewährleistung

für passive Realservituten im Römischen Rechte eine breitere Grundlage zu geben, und diese aus dem verhältnismäßig geringen Werthe dieser Servituten abzuleiten. Dawider: einmal daß die thatsächliche Voraussetzung hievon nicht durchgängig richtig ist, zuweilen der Werth eines Grundstücks durch darauf liegende Servituten, z. B. nicht darauf zu bauen wenn dasselbe sonst als Baustelle zu verwerthen wäre, sehr erheblich geschmälert werden kann; sodann daß Diebstähle und Beschädigungen ausgegangen von einem Sklaven oft auch nur geringen Betrag haben mochten, und dennoch Käufer wegen aller derartiger Anforderungen unbedingten Regreß wider den Verkäufer hat.

§ 15. Entwährung durch unmittelbares Einschreiten der Staatsgewalt; soll heißen, wo die Thätigkeit der Staatsgewalt nicht die Durchführung eines schon bestehenden Privatrechts zu vermitteln bezweckt. Die Entscheidung derartiger Fälle aus den Principien ist nicht schwierig, sie findet deutliche Bestätigung im fr. 11 de evict. 21, 2; eine Besprechung wäre überflüssig, wenn nicht wie früher schon in der Litteratur, neuerdings in dem Erkenntnisse eines höchsten Gerichts

O. A. G. zu Darmstadt v. 15. Dec. 55., Seuff. Arch. X. 244

eine irrige Auffassung zu Tage getreten wäre.

Wer voll geleistet hat, ist nie mehr evictionsleistungspflichtig; war das Recht des Auctors bei der Leistung selber voll und unbeschränkt, ist es ganz auf den Empfänger übertragen, so hat der Auctor erfüllt, die Obligation ist aufgehoben, kann also in keiner Weise noch später geltend gemacht werden. Jede Entziehung der Sache, die ihren Grund in späteren Ereignissen hat, geht den Auctor nichts an; die Handlung, die ihn einmal ganz befreit hat, kann dadurch nicht rückgängig gemacht werden. So sagt Kaiser Alexander in der c. 1 de per. et comm. 4, 43:

> auctor enim ex his tantum causis suo ordine tenetur, quae ex praecedente tempore causam evictionis parant.

und ähnlich Paullus im oben angeführten fr. 11 pr.:

futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere;

wozu jedoch zu bemerken, daß die Basiliken statt „futuros casus" „τυχηραὶ αἰτίαι" („fortuitae causae") haben. Es ist dies nichts als die andere Seite des Satzes, daß jede Evictionsleistungsverbindlichkeit ein vitium in jure auctoris voraussetze. Der Fall an den Paullus denkt, daß die verkauften Grundstücke

ex praecepto principali partim distractae, partim veteranis in praemia assignatae;

die stillschweigende Voraussetzung, daß der Grund der folgenden Distraction und Assignation nicht etwa schon in dem Recht des Verkäufers bestanden, sonst könnte die spätere Entziehung so wenig unter die „casus futuri" wie unter die „fortuitae causae" gerechnet werden.

In der heutigen Praxis dürften zumeist Expropriationsfälle von diesen Gesichtspunkten aus zu beurtheilen sein; eine eingehende Theorie derselben ist aber bei dem Mangel gemeinrechtlicher Grundsätze für das Expropriationswesen nicht wol herzustellen. Der Fall der dem O. A. G. zu Darmstadt vorgelegen ist anderer Art. Nach dem Kauf und der Tradition einer Wassermühle zeigt sich daß das Wehr derselben nach dem kaiserlichen Reichs-Wassergerichtsprotocoll vom 31. Mai 1697 um 14 Zoll zu hoch liegt. Ein Ministerialrescript verfügt die entsprechende Senkung des Wehres, wird aber auf Vorstellung des Käufers und auf Erklärung der benachbarten Stadt Assenheim, daß sie kein Interesse an dieser Senkung habe, einstweilen zurückgenommen mit dem Vorbehalt, „es verstehe sich von selbst daß man eine bestimmte Zusicherung für die Zukunft nicht ertheilen könne, indem man dem Recht der Stadt Assenheim nicht vorgreifen und nicht voraussehen könne, ob nicht künftig eine Senkung nöthig erscheinen werde." Da durch solche Senkung die Wasserkraft der Mühle sehr erheblich gemindert werden würde, verlangt der jetzige Müller, von dem Verkäufer auf den Kaufschilling belangt, Cautionsstellung wegen drohender Entwährung. Dieser Einwand ist abgewiesen,

weil der wirkliche Vollzug der Wehrsenkung, der aber gar nicht einmal vorliege und mit welcher ein Verschulden des Verkäufers nicht in Verbindung stehen könne, nur auf einer Verfügung der Staatspolizeigewalt beruhen würde. Eine von dieser aus Gründen des öffentlichen Wohls angeordnete Einrichtung oder Aenderung der bestehenden Wasserhöhe schließe aber die Evictionsverbindlichkeit für die Regel aus (fr. 11 pr. cit.), und für eine hier etwa eintretende Ausnahme fehle es an jeder Andeutung.

Bei der entscheidenden Bedeutung welche die Lage des Wehres für den Betrieb der Wassermühlen hat, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß abgesehen von besonderen Verabredungen, der Verkäufer die Lage des Wehres so zu gewähren hat, wie sie bei Abschluß des Kaufgeschäfts gewesen. War aber diese Lage schon bei Zeiten des Besitzes des Verkäufers und besonders bei dem Abschluß des Geschäfts eine dem Recht widerstreitende, so konnte Verkäufer dem Käufer rechtlich gar nicht den Besitzstand in betreff des Wehres gewähren, den zu gewähren er sich vertragsmäßig verpflichtet hatte, seine Leistung bei Uebergabe der Mühle hatte nur thatsächlich den Anschein, nicht rechtlich den Charakter einer Erfüllung. Das widerstreitende Recht konnte in jedem Augenblick geltend gemacht, und damit dem Käufer entzogen werden, was er von dem Verkäufer zu fordern berechtigt war, und zwar entzogen werden propter vitium in jure auctoris. Sobald die Senkung des Wehres gemäß dem Protokoll von 1697 vollzogen würde, ist der Regreßanspruch wider den Verkäufer zweifellos. Freilich aber folgt hieraus noch nicht daß auch der Vorbehalt der etwaigen zukünftigen Senkung schon eine Cautionsforderung rechtfertigt; und so läßt sich die Entscheidung selber vertheidigen, obwol die Begründung zu verwerfen ist.

Irrig in den Gründen ist einmal das Hervorheben des „Verschuldens des Verkäufers,“ denn nicht dieses, nur das vitium in jure auctoris, die hierdurch bedingte, aber von jeder Verschuldung des Leistenden unabhängige Unvollkommenheit der geschehenen Leistung

ist Grund jedes Anspruchs auf Evictionsleistung. Ferner, daß eine Verfügung der Staatspolizeigewalt von dem Verkäufer nicht zu vertreten sein solle, und die Beziehung hiefür auf fr. 11 cit. Also wenn die Stadt Assenheim den Weg des Civilprocesses beschritten und alsdann die Senkung des Wehrs erstritten hätte, da wäre der Verkäufer regreßpflichtig gewesen? Und doch wol auch dann, wenn das Großherzogliche Ministerium des Innern mit der Justizpflege bei derartigen Sachen betraut wäre und gesprochen hätte? Und warum nicht ebenso wenn dasselbe Ministerium berechtigt und verpflichtet ist wider dieselben Rechtswidrigkeiten nicht blos auf Antrag sondern auch von amtswegen einzuschreiten? Das Oberappellationsgericht hat einen wichtigen Unterschied übersehen: nicht daß die Staatspolizeigewalt, sondern warum sie einschreitet, ist das Entscheidende. Greift sie aus Gründen des öffentlichen Wohls ein gegen Zustände die dem Rechte gemäß bestehn, wie im fr. 11, so ist dies ein Unfall den allein der Berechtigte tragen muß den er eben trifft; schreitet aber die Polizeigewalt gegen widerrechtliche Zustände ein, so können bei dieser Beseitigung des Unrechts nicht des beseitigenden Mediums wegen die Regreßverhältnisse gegen den Auctor umgestaltet werden, vielmehr muß wenn das zu beseitigende Unrecht Folge des vitium in jure auctoris war, auch hier der Auctor in Anspruch genommen werden können. Wäre also nicht das Reichsprotocoll von 1697, sondern ein nach dem Verkauf der Mühle ergangenes Gesetz Rechtsgrund des Einschreitens der Staatspolizei, dann hätte auch im vorliegenden Falle keine Anforderung an den Verkäufer zu Recht bestanden.

Dem angeführten stehen Fälle der Art nahe. Ein Haus wird aufgebaut gegen die Vorschriften der Bauordnung, so daß die Baupolizeibehörde Recht und Pflicht hat einen Umbau zu veranlassen. Bevor dies geschehn wird das Haus verkauft, und der Käufer hiernach zum Umbau gezwungen. Der Regreß wider den Verkäufer erfordert kein ausdrückliches Versprechen, auch keinen Dolus, absichtliches Verschweigen der baupolizeiwidrigen Beschaffenheit des Hauses; doch fällt er fort, wenn Käufer den Fehler gekannt hatte.

arg. c. 18, 27 de evict. 8, 45.

Der Regreß geht auf Ersatz der ganzen Umbaukosten und alles andern Schadens den Käufer durch den Umbau gehabt, Gebrauchsentziehung des Hauses während des Umbaues, geringerer Gebrauchswerth nach dem Umbau u. s. w. Käufer erhält also ein bauordnungsmäßiges statt des bauordnungswidrigen Hauses auf Kosten des Verkäufers hergestellt, zudem Entschädigung. Dies ist nicht selten verkannt und dawider geurtheilt worden, theils unter Bezugnahme auf fr. 11 de evict., wobei man die „futuros casus" nicht genügend berücksichtigte, theils mit dem Bemerken, Käufer habe ja eben nur ein fehlerhaftes Haus erkauft, Verkäufer also auch nichts ihm zu gewähren als ein solches. Dabei wird übersehen, daß Verkäufer allerdings nichts weiter zu gewähren hat als das habere licere des fehlerhaften d. h. bauordnungswidrigen Hauses, daß aber nach dem Einschreiten der Polizei dieses in natura nicht mehr zu leisten ist, und nun die Interesseleistung an Stelle der Naturalleistung tritt; Kläger fordert nichts als

quanti interest ejus rem habere licere, wieviel er gehabt haben würde, wenn er das Haus in dem baupolizeiwidrigen Zustande, in dem er es gekauft, ungestört hätte behalten können, d. h. Ersatz für alle aus den Störungen resultirenden Nachtheile.

§ 16. Von dem Hervortreten der Evictionsrechte. Welche Art des Hervortretens im concreten Falle den Anspruch auf Evictionsleistung ins Leben zu rufen vermag, das hängt, wie schon bemerkt, von der Natur der principalen Leistung ab. Soll ein bestimmtes Quantum von Recht dem Empfänger geschafft werden, so genügt der Nachweis daß soviel Recht nicht geschafft ist, insbesondere also daß irgend einem Dritten ein Recht zusteht dessen Existenz mit der Rechtsfülle des Erwerbers unvereinbar ist. So genügt bei obligationes ad dandum jeder Nachweis vom Eigenthum eines Dritten: dies folgt schon daraus daß „non videntur data, quae eo tempore quo dantur non fiunt accipientis"; ausdrücklich sagt es Ulpian:

fr. 27 de solut. 46, 3: etiam circa stipulationem et ex testamento actionem, si res tradita fuerit quae debebatur, quamdiu aliquid juri deest, adhuc tamen ipsa res petenda est. . . . .

Vgl. fr. 38 § 3, fr. 72 § 5 de solut.

Aber auch schon das Dasein von Pfandrechten Dritter eröffnet den Regreß wider den Auctor:

fr. 20 de solut.: si rem meam, quae pignoris nomine alii esset obligata, debitam tibi solvero, non liberabor, quia avocari tibi res possit. . . .

fr. 69 eod.: . . . nec exspectabimus ut creditor evincat. . . . .

Entsprechend heißt der Kaiser den Erben in c. 6 de fideic. 6, 42: „praedia obligata luere" ohne Rücksicht ob die Pfandgläubiger ihr Recht im Augenblick verfolgen wollen. Dasselbe gilt bei dem Nachweis des Bestehens fremdes Nießbrauchs:

fr. 69 de solutionibus.

Auch sind die obligationes ad dandum nicht die einzigen wo der Nachweis blos der Existenz fremder Rechte genügt. Es haftet ebenso der Verpfänder, sobald nur gewis ist daß er „rem alienam, vel alii pignoratam, vel in publicum obligatam pignori dedit"

fr. 9 pr., 16 § 1, 32 de pign. act. 13, 7.

Beim Kauf aber und allen Geschäften die gleich ihm dem Erwerber ein gewisses Quantum nicht sowol von Recht sondern von thatsächlichen Vortheilen schaffen sollen, wird außer dem Dasein auch ein wahrnehmbares Hervortreten, sich geltend machen des fremden Rechts erfordert. Daher hier der Untergang der Sache stets den Auctor befreit:

fr. 21 de evict. 21, 2, c. 26 eod. 8, 45;

ebenso die Dereliction seitens des Käufers:

fr. 76 eod.

der es gleichsteht wenn der Verkäufer gestattet daß das Grundstück zum locus religiosus gemacht wird:

fr. 51 § 2 eod.

Nach der Manumission beschränkt sich der Anspruch ex empto auf das Interesse „quod libertum quis non habeat“

fr. 25, 26 eod.

Das thatsächliche Hervortreten des fremden Rechts kann aber in verschiedenen Formen geschehn.

a) Der Käufer (ich gebrauche den Ausdruck hier auch jeden ihm gleichstehenden Erwerber zu bezeichnen) kommt in die Lage als Kläger auftreten zu müssen und wird wegen des Rechts des Dritten abgewiesen:

fr. 16 § 1 de evict. 21, 2: .... possessor ab emptore conventus absolutus est.

Der Regreß wider den Verkäufer unterliegt hiebei aber doch einigen sehr beachtenswerthen Beschränkungen:

fr. 29 § 1 eod. si duplae stipulator ex possessore petitor factus et victus sit, quam rem si possideret retinere potuerit, peti autem utiliter non poterit, vel ipso jure promissor duplae tutus erit, vel certe doli mali exceptione tueri se poterit; sed ita si culpa vel sponte duplae stipulatoris possessio amissa fuerit.

Was hier für die Forderung aus der duplae stipulatio gesagt ist, muß für die a. ex empto ebenso gelten, da es den Principien der bona fides entspricht. Sodann kommt noch fr. 66 pr. eod. in betracht:

si cum venditor admonuisset emptorem ut Publiciana potius vel ea actione quae de fundo vectigali proposita est experiretur, emptor id facere supersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus, nec committitur stipulatio.

Da hierin ein Dolus gesehn wird, so kann wiederum auch die Kaufklage nicht zugelassen werden.

b) Der eigentliche Evictionsfall; der dritte Berechtigte führt als Kläger sein Recht wider den Käufer durch. Ist die Klage hier Vindication oder Publiciana, so kann sie doppelten Erfolg haben

α) die Sache selbst wird dem Käufer abgenommen, „res restituta petitori“, oder

β) er behält dieselbe gegen Zahlung der Litisästimation. Sehr anschaulich zeichnet Ulpian die rechtliche Construction dieses Falles:

fr. 21 § 2 de evict.: . . . . neque enim habere licet eum, cujus si pretium quis non dedisset ab adversario auferretur; prope enim hunc ex secunda emptione, id est ex litis aestimatione, emptori habere licet, non ex pristina.

cf. fr. 16 § 1, fr. 22 pr. eod.

Hiemit verträgt es sich zum besten, daß wenn auf die Klage des Dritten nicht der Käufer sondern der Verkäufer die Litisästimation gezahlt und dadurch die Sache dem Käufer erhalten hätte, kein Evictionsleistungsanspruch zu Recht besteht: hier hat der Verkäufer alles gethan dem Käufer das geschuldete habere licere zu verschaffen, vgl. das angeführte fr. 21 § 2.

c) Der Käufer hat weiter verkauft, und ist dann dem zweiten Käufer wegen der Eviction die dieser erlitten verurtheilt worden:

fr. 33 de evict., vgl. fr. 61, 62 pr. eod., auch fr. 41 eod.

d) Der unter bβ) angeführte Fall ist den Römischen Juristen nicht stets im selben Lichte erschienen, so referirt Pomponius im fr. 29 pr. eod.:

si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsum esse quod Nerva respondisset, posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius ajebat, quia nec bonae fidei conveniret, et ego ex alia causa rem haberem.

Allmählich aber drang die Auffassung des Celsus dergestalt durch, daß allgemein nicht blos wo der Käufer irgend etwas dafür gegeben um sich das habere zu erhalten, sondern auch wo dies ex causa lucrativa von dem Berechtigten auf ihn gekommen war, die a. ex empto wider den Verkäufer gewährt wurde, obschon man die Klage aus der Stipulation hier unzulässig erachtete:

fr. 13 § 15 de A. E. V. 19, 1 (Ulp.): si fundum mihi alienum vendideris, et hic ex causa lucrativa meus factus sit, nihilo minus ex empto mihi adversus te actio competit.

R. S. Paulli II 17 § 8.

fr. 9 de evict. (Paul.): .... quoniam non potest servus evinci, sed in ex empto actionem decurrendum est — cf. fr. 41 § 1 eod.

fr. 24 eod. (Afric.): .... verum non sit, judicio eum evictum esse, ex empto tamen contra venditorem mulier habet actionem.

cf. fr. 29 de A. E. V. (Jul.).

Dieser Regreß wider den Verkäufer fällt aber natürlich dann fort, wenn der spätere volle Rechtserwerb auf der Leistung des Verkäufers beruht, d. h. wenn Käufer auf Grund derselben usucapirt, oder das Recht der longi temporis praescriptio erworben hätte:

fr. 54 eod., c. 19 eod. 8, 45.

Ja auch wenn der Käufer die Usucapion versäumt hat, kommt der Verkäufer frei:

fr. 56 § 3 eod.: si cum possit usucapere emptor non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur; unde si evictus est servus, non tenetur venditor.

§ 17. Den eigentlichen Evictionsfall betreffend pflegen vornehmlich drei Voraussetzungen des Anspruchs wider den Auctor hervorgehoben zu werden: die Eviction müsse erfolgt sein propter vitium in jure auctoris; durchgeführt sein mittels gerichtliches Verfahrens; bei diesem dem Auctor die Lis denuncirt sein.

Das erste der drei Requisite scheint zweifellos und ausnahmslos angenommen werden zu müssen. Die Bedingung jeder Evictions- und Quasievictionsleistung ist, daß der Auctor zu wenig oder doch zu wenig sicheres Recht auf den Erwerber übertragen; nicht weil er nicht mehr übertragen gewollt, sondern weil er nicht mehr übertragen gekonnt. Einzelne Consequenzen zeigen sich im Fortfall der Gewährleistung

α) bei gewaltsamer Entreißung der Sache seitens eines Dritten — c. 17 de A. E. V. 4, 49;

β) wenn ein Schiedsrichter die Sache dem Käufer aberkannt hat, — fr. 56 § 1 de evict. 21, 2;

γ) wenn im gerichtlichen Evictionsproceß wider den Käufer erkannt ist, weil dieser seine Sache schlecht geführt hat, — fr. 55 pr., fr. 63 § 1 § 2 eod., oder weil

δ) der Richter falsch erkannt hat — fr. 51 pr. eod., cf. c. 8, 15 eod. 8, 45, c. 1 de perm. 4, 64, Vat. fragm. § 8 § 10.

Anders schon steht es mit dem zweiten Requisit das gemeiniglich erfordert wird (vgl. indessen Liebe Rechtslex. Bd. IV S. 813). Dasselbe ist ganz zu leugnen: ob die Eviction gerichtlich oder außergerichtlich geschehen, ist indifferent an sich, nur ob der Evincent zur Eviction berechtigt, und eventuell die Gerichtshülfe in Anspruch zu nehmen entschlossen gewesen, ist von Belang, und nur betreffs des Beweises dieser Thatsachen hat die Gerichtlichkeit des Evictionsverfahrens einen gewissen Werth. Ist nämlich wider den Käufer erkannt worden, so trifft den Auctor die Beweislast daß dies Erkenntnis dem materiellen Recht nicht entspreche; hat der Käufer die Sache ohne Proceß herausgegeben, so muß er nachweisen, daß er vernünftigerweise nicht anders habe handeln dürfen.

Die Hauptstütze der gemeinen Meinung ist

> c. 17 de evict. 8, 45 (Diocl. et Max.): si cum quaestio tibi super eo quem comparaveras moveretur, auctorem tuum certum fecisti, nec citra judicis disceptationem eum quem emeras tradidisti, praeses provinciae in damnis, quae te tolerasse meministi, medelam juris adhibebit.

Der Sinn dieses Rescripts ist kurz: „Du erzählst das so, verhält sich alles so wie du erzählst, so wird dir geholfen werden". Damit ist aber nicht gesagt, daß wenn einiges sich anders verhielte als hier, nicht auch zu helfen wäre. — Sodann werden Stellen vorgebracht die einfach Regreßansprüche als Folgen gerichtlicher Eviction anführen, insbesondere

fr. 16 § 1, fr. 34 § 1, 2 de evict.,

Stellen die nicht den mindesten Anhalt bieten, sie als Argumente a contrario zu benutzen. — Scheinbarer ist daß die Herausgabe auf Schiedsrichterspruch, wie eben angeführt, den Evictionsleistungsanspruch nicht begründet. Der Schiedsrichterspruch an sich vermag das gerichtliche Erkenntnis im Evictionsprocesse nicht zu ersetzen, das ist nach fr. 56 § 1 cit. gewis, aber daß überall wo die Sache ohne gerichtliches Erkenntnis dem Evictionsberechtigten herausgegeben ist, der Käufer seinen Regreß verloren hätte, steht weder dort noch anderswo geschrieben.

Die Möglichkeit des Regresses auch ohne gerichtliches Evictionsverfahren zeigt zunächst

fr. 11 § 12 de A. E. V. 19, l. (Ulp.) idem [Neratius] l. II responsorum ait, emptorem noxali judicio condemnatum ex empto actione id tantum consequi, quanti minimo defungi potuit.

Bis hierhin beweist die Stelle gerade so viel für die gemeine Meinung wie fr. 16 § 1 und fr. 34 § 1 citt.; sie fährt fort:

idemque putat et si ex stipulatu aget et sive defendat noxali judicio sive non, quia manifestum fuit noxium servum fuisse, nihilominus vel ex stipulatu vel ex empto agere posse.

Man muß eine Singularität bei der Eviction durch die Noxalklagen annehmen wollen, oder die Stelle als vollbeweisend anerkennen. Ich kann mir, da auch sonst Beweismittel nicht fehlen, die Singularität, die ich freilich nicht genügend zu erklären wüßte, gefallen lassen, möchte aber die Stelle doch gegen Liebe ausnutzen. Er sagt a. a. O.:

Bemerkenswerth ist es daß man das Erfordernis: rem judicio evictam esse nur für die Klage aus dem Evictionsversprechen mit Strenge festhielt, die a. ex empto dagegen schon zuließ, wenn Käufer u. s. w.

Dem widerstreitet das „vel ex stipulatu vel ex empto“ im fr. 11 § 12 cit. Zuzugeben ist jedoch, daß bei der a. ex stipulatu alles

auf die Fassung der Stipulation ankam, und daß diese den Regreß auf den Fall gerichtlicher Entwährung beschränken konnte.

In betracht kommt demnächst das schon berührte fr. 29 § 1 de evict. Ich sehe nur einen haltbaren Einwurf wider die Beweiskraft desselben, das „a domino redimere“ sei nur ein anderer Ausdruck für die Zahlung der Litisästimation, setze also nach Celsus und Pomponius einen vollständigen Proceß mit Pronuntiation und Condemnation voraus. Freilich wird diese Beschränkung in den Worten der Stelle durch nichts angedeutet, immerhin ist sie nicht geradezu unmöglich; wir können auf die Hülfe auch dieser Stelle verzichten.

Unzweifelhaft ist daß der Käufer, der nicht aus dem Kauf aber aus einer demselben nachfolgenden causa lucrativa Eigenthümer geworden ist, die a. ex empto hat:

> fr. 13 § 15 de A. E. V. 19, 1. R. S. Paulli II 17 § 8; dazu oben § 16.

Daraus folgt mit Nothwendigkeit, daß er dieselbe Klage hat auch wenn er die Sache aus späterer causa onerosa erworben, insbesondere wenn er sie nachträglich von dem wahren Eigenthümer gekauft hätte. Denn die Evictionsleistungsklage dem geben dem die evincible Sache von einem Dritten umsonst überlassen wäre, und dem sie vorenthalten der den Dritten für die Ueberlassung bezahlt hätte, liefe wider die juristische Vernunft; man müßte sonst annehmen daß auch durch ein Gegengeschenk das der von dem Eigenthümer beschenkte Käufer diesem machte, der Käufer seinen Regreß an den Auctor verlieren könnte. Steht es aber fest, daß Käufer den Regreß hat wegen einer Sache die gegen Gegenleistung aber ohne jewelches gerichtliche Verfahren ihm von dem Berechtigten überlassen worden, so steht es ebenso fest daß er den Regreß hat wegen Sachen die er dem Berechtigten auf dessen Anfordern, gerichtliches oder außergerichtliches, herausgegeben hat. Um dies völlig einleuchtend zu machen denke man sich das Herausgeben in folgende zwei Akte aufgelöst: erstlich das Ueberlassen der Sache vom Dominus auf

den Käufer gegen Zahlung des Preises, sodann Uebertragung der Sache von dem Käufer auf den alten Dominus gegen Rückzahlung des Preises; offenbar kann der zweite Akt den durch den ersten schon begründeten Evictionsleistungsanspruch gegen den Verkäufer nicht wieder aufheben.

Es sind aber noch die Bedingungen dieses Evictionsleistungsanspruchs näher zu entwickeln. Der zu führende Beweis muß dem entsprechen den Käufer bei der Klage wider den Auctor zu führen hat, wenn er durch die Freigebigkeit oder überhaupt durch den Rechtsakt eines Dritten Eigenthümer geworden zu sein behauptet. Zunächst muß er natürlich das Eigenthum des andern, und damit den Richterwerb aus der Leistung des Belangten darthun. Dies genügt nicht. Mag es als Inconsequenz erscheinen, daß wo nach vollzogenem Kaufe das durchführbare Eigenthum eines Dritten an der aus dem Kauf tradirten Sache ersichtlich wurde, so lange der Dritte die Verfolgung dieses Rechts wider den Käufer, sei es aus Unbeholfenheit und Aengstlichkeit, sei es aus Bequemlichkeit oder Gutmüthigkeit, einfach unterließ, Käufer keine Klage wider den Verkäufer hat, sobald aber der Dritte sein Recht auf den Käufer auch unentgeltlich überträgt, Käufer die Klage wider den Verkäufer bekommt; diese Inconsequenz besteht im Römischen Recht. Zu dem Erweise der Leistung des Rechts des Dritten muß der Beweis hinzutreten, daß der Dritte dies Recht entweder auf den Käufer übertragen oder wider den Käufer ausgeübt habe. Zur Rechtfertigung des Ausdrucks „ausüben" erinnere ich daß Klagen nicht die einzige Art des Recht-Ausübens ist; der Gläubiger der die Darlehnsschuld sich zahlen läßt übt sein Recht aus, ebenso der Eigenthümer der seine Sache ohne Gewalt wieder an sich nimmt. Es dürfte aber auch der Beweis dieses Ausübens nicht unbedingt als genügend anzunehmen sein, z. B. wenn der Fall der gewesen, daß Käufer nachdem er von dem Recht des Dritten erfahren von Gewissenhaftigkeit getrieben zu diesem gegangen wäre und ihm die Sache ausgeliefert, die Rechtsausübung des Dritten aber auf das Annehmen derselben sich beschränkt hätte;

cf. fr. 29 §. 1 de evict.: .... promissus tutus erit.... si culpa vel sponte stipulatoris possessio amissa fuerit.

Zur Ausübung des Rechts des Dritten welches den Regreß begründet, gehört auch ein Anfordern des Dritten an den Käufer, und überhaupt eine Sachlage bei der die freiwillige Herausgabe das wäre „quo minimo defungi poterat“. Ist diese aber erwiesen, so darf man zweifelsohne die Regreßklage des Käufers nicht darum zurückweisen, weil er diese Forderung nicht um die Menge der unnütz zu verausgabenden Proceßkosten hat erweitern mögen.

§ 18. Ueber das dritte Erfordernis, die Litisdenuntiation ist viel geschrieben. Die ältere Literatur findet sich bei Glück (Comm. Bd. XX § 1124). Das Resultat das er aus ihr abstrahirt: die Denuntiation sei die nothwendige Voraussetzung der Klage wegen Eviction, ausgenommen

α) daß sie durch Vertrag erlassen — fr. 63 de evict.;

β) daß der Auctor die Denuntiation vorsätzlich verhindert — fr. 55 § 1, fr. 56 § 5 eod.;

γ) wo der Auctor abwesend und sein Aufenthalt unbekannt — fr. 56 § 6;

δ) wenn der Auctor arglistig eine fremde Sache übergeben;

ε) wenn aus den Akten nachzuweisen, daß die Denuntiation und die Mitwirkung des Auctors im Evictionsprocesse erfolglos gewesen sein würde.

Nur die letzte Ausnahme ist eingehend zu besprechen. Glück sagt (a. a. O. S. 401 f.): „Ein bestimmtes Gesetz ist zwar darüber nicht vorhanden“; und nachdem er dieses näher, und dazu, daß die Gesetze sogar eigentlich die Ausnahme zu verbieten schienen, ausgeführt, „so darf man sich nicht wundern wenn es nicht an Rechtsgelehrten (Hahn Madihn Malblanc) fehlt, welche einer ganz entgegengesetzten Meinung sind.“ Folgen halbe Gründe für die Ausnahme mit dem Schluß: „so urtheilen denn auch ältere und neuere Rechtsgelehrte nach Recht und Billigkeit.“ Glück nennt hiebei eine Menge von Namen, von älteren ist noch hinzuzufügen

Calletus (tr. de evict., ad l. 7, 8, 17, ht. C. c. 1 n. 6); von Neueren stimmen im wesentlichen überein Thibaut (System I § 188) Unterholzner (Schuldverh. I § 145) Mühlenbruch (Lehrb. II § 398, n. 8) Puchta (Pand. u. Vorles. § 362) Liebe (im Rechtsler. IV. S. 815) Sintenis (Civilr. II § 116 n. 193) Arndts (Pand. § 303 n. 4) v. Keller (Pand. S. 622). — In den Entscheidungen des Württembergischen Obertribunals (Württ. Arch. IV. 1. S. 164) wird entsprechend hervorgehoben daß das Requisit der Litisdenuntiation nur als Regel zu betrachten sei die Ausnahmen zulasse, dann besonders, wie das Obertribunal stets festgehalten, wenn die Theilnahme des Auctors am Ausgange des Vorprocesses nichts geändert haben würde.

Die Einigkeit ist aber doch nicht so groß wie sie hiernach scheinen könnte. Daß die heutige Praxis die Ausnahme annimmt, daß sie hiebei mit Billigkeit und allgemeinen Rechtsprincipien in Uebereinstimmung handelt, das ist unleugbar. Aber wie sich die Ausnahme zu den positiven Vorschriften des Römischen Rechts verhält, ist nichts weniger als gewis. Puchta sagt in den Vorlesungen a. a. O.

> Das geschriebene Recht setzt dies [daß denuntiirt werde] als condicio sine qua non für den Evictionsanspruch des Käufers fest. Gewöhnlich wird behauptet, daß den Berechtigten die Unterlassung der l. d. nicht um den Anspruch bringe, wenn er nachweisen könne daß der Proceß auch mit Hülfe des Auctors verloren gegangen wäre. Diese Ansicht hat allerdings die Billigkeit für sich, und sie ist in der Praxis angenommen worden. Auf das geschriebene Recht kann sie nicht gegründet werden.

Ebenso wohl Wetzell (Civilproc. § 7 S. 30: „nach der gemeinen Meinung"). Nicht ganz so scharf v. Keller a. a. O.

Wie nun aber wenn der Käufer die ihm obliegende Denuntiation wirklich versäumt? Nach dem Wortlaut der Gesetze müßte man sagen, daß die Evictionsforderung geradezu ausgeschlossen sei. Dennoch soll nach der gemeinen Meinung und Praxis dem Käufer wenigstens

der Beweis nachgelassen werden, daß auch die Mitwirkung des Verkäufers nicht vermocht hätte die Eviction abzuwenden. Diese mildere Ansicht halte ich für richtig, da wol blos die mehr stricte Natur der Römischen a. ex stipulatu die einzige Veranlassung war diese gerechte Modification des absoluten Satzes auszuschließen.

Dazu Note 17:

Auf l. 11 § 12 de A. E. V. möchte ich auch nicht abstellen.

Von den beiden Juristen, welche neuerdings Specialuntersuchungen über diese Frage angestellt haben, neigt der eine

Dernburg, Gieß. Zschr. N. F. II 1, insbes. S. 24 f.

zu der Ansicht daß die betreffenden Quellenzeugnisse einander widersprechen (c. 8 de evict. — fr. 11 § 12 de A. E. V., fr. 53 § 1, fr. 29 pr. de evict.), während der andere

Fuchs L. v. d. Litisdenuntiation § 5

sich dahin entscheidet, daß nach den Quellen sowenig „die Litisdenuntiation eine unumgängliche Bedingung des Regreßrechts sei" wie sich die hier in Rede stehende Ausnahme aus denselben erweisen lasse (a. a. O. S. 42).

Meines Erachtens ist gerade diese Ausnahme im Justinianischen Recht geboten. Die Divergenz ist nicht bedeutungslos. Wiederholt ist in unserem Jahrhundert eine Praxis, die lange Zeit als die gemeine gegolten, wenn nicht von allen doch von einem sehr erheblichen Bruchtheil der gemeinrechtlichen Gerichte aufgegeben, nachdem ein angesehener Schriftsteller die Nichtverträglichkeit dieser Praxis mit dem geschriebenen Römischen Recht dargethan hatte, oder dargethan zu haben scheinen mochte. Dernburg der (a. a. O. S. 35) hiegegen eifert geht wol zu weit:

Eins müßte noch hinzukommen, was gewis billig ist, man müßte demjenigen was die Praxis bis jetzt festgesetzt hat ein selbständiges Leben gönnen; wir meinen sie müßte uns heilig sein nicht weil sie mit diesem oder jenem Texte des

corpus juris übereinstimmt, sondern wenn es sich sogar nachweisen ließe daß sie mit demselben im Widerspruch stünde, also nicht parceque, auch nicht quoique, sondern malgré.

Denn wir kennen nur zwei Rechtsquellen Gesetz und Gewohnheitsrecht, daneben darf nicht die Praxis als dritte gestellt werden. Zulässig ist nur, die Praxis, wo sie von dem geschriebenen Recht abweicht, als Zeugin eines derogirenden Gewohnheitsrechts gelten zu lassen. Das ist geschehen und soll geschehen, wo es möglich ist. Aber ich brauche Praktiker am wenigsten darauf hinzuweisen, wie schwer der hiernach zu erfordernde Beweis eines Gewohnheitsrechts ist. Wir sind durch die vielen Spruchsammlungen jetzt betreffs der Kenntnis der Deutschen Praxis weit besser berathen als vor einigen Decennien, und doch kaum im Stande über Eine Frage die Meinungen der sämmtlichen höchsten Gerichte ohne besondere Verbindungen zusammenzustellen. Und dürfen wir uns bei dieser Kenntnisnahme von der Praxis auf die höchsten oder auch nur auf die Obergerichte beschränken? Die Römische Praxis bewegte sich auf einem eng begrenzten Territorium, darum war sie übersichtlich und wirklich kenntlich; wer ihr folgte wußte wem er folgte. Allen Respect vor der Deutschen Praxis; aber woher sollen wir wissen was Deutsche Praxis ist? zehn und zwanzig übereinstimmende Erkenntnisse beweisen sie noch nicht. Aus dieser Schwerkenntlichkeit der wahren, und aus dem Misbrauch der vielfach mit der behaupteten gemeinen Praxis getrieben ist, erklärt sich zur genüge das Mistrauen das innerhalb der Praxis selber gegen die Rechtmäßigkeit ihres Bestehens vielfach sich kundgegeben hat. Es darf also auch wo alle Welt im Augenblick über das Dasein einer Praxis einverstanden ist, nicht als überflüssig gelten die gesetzlichen Grundlagen derselben festzustellen.

Die Quellenzeugnisse, welche wider die Ausnahme zu sprechen scheinen könnten, lassen sich in Gruppen zusammenordnen. Einmal solche die sich referirend verhalten, nur anführen daß der Regreßklage eine Denuntiation bei dem Evictionsprocesse voraufgegangen. So

fr. 63 § 1 de evict.: ... quaestione mota fisci nomine

auctorem laudaverat .... nihil proponi cur emptrici actio adversus venditorem non competat.

cf. fr. 29 § 2 eod.: quolibet tempore venditori renuntiari potest ut de ea re agenda adsit.

Andere Stellen gebieten die Denuntiation:

fr. 49 eod: si ab emptore ususfructus petitur proinde is venditori denuntiare debet atque is a quo pars petitur.

fr. 62 § 1 eod.: ... omnibusque denuntiari, et omnes defendere debent.

fr. 55 § 1 eod.: praesenti autem venditori denuntiandum est.

fr. 85 § 5 de V. O. 45, 1: ... nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt ...

c. 9 de evict. 8, 45: ... auctori heredive ejus denuntia.

c. 23 eod.: ... auctoris heredibus ... assistere negotio denuntia.

In den Stellen einer dritten Gruppe wird die Denuntiation als Bedingung der Forderung de evictione angeführt:

fr. 56 § 4 de evict.: si praesente promissore et non ignorante procuratori denuntiatum sit, nihilominus promissor tenetur — cf. § 5—§ 7.

fr. 63 pr. eod.: non obesse ex empto agenti quod denuntiatio pro evictione interposita non esset, si pacto remissa esset denuntiandi necessitas.

fr. 51 § 1 eod.: ... quamvis enim Titio hoc casu denuntiari pro evictione non potuisset, heredi tamen ejus denuntiari potuisset.

c. 1 ubi in r. a. 3, 19: nam si denuntiasti ei qui tibi vendidit, intelligit evictionis periculum.

c. 1 de per. et comm. r. v. 4, 48: auctor enim ex his tantum causis tenetur, quae ...., et ita si ei denuntiatum est ut causae agendae adesset.

c. 7 de evict.: auctore laudato si evicta res est ... fidejussorem evictionis nomine conveniri posse non ambigitur.

c. 17 eod.: si .... auctorem tuum certum fecisti ... praeses provinciae medelam juris adhibebit.

c. 29 eod.: ... posteaquam ad defensionem fuerit denuntiatum .... evictis .... eos conveniri posse rationis est.

Endlich solche welche für den Fall der unterbliebenen Denuntiation die Klage wider den Auctor ausdrücklich absprechen:

fr. 29 § 3 de leg. III: ... sed debere te prius quam judicium accipiatur denuntiare heredi, nam si aliter feceris agenti ex testamento opponetur tibi doli mali exceptio.

fr. 53 § 1 de evict.: si cum possit emptor auctori denuntiare non denuntiasset, idemque victus fuisset quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse, et ex stipulatu agere non potest.

c. 20 de evict.: ... empti sane judicio pro evictione si conveniri coeperitis, hoc vobis ut defendatis negotium denuntiatum probetur, intelligitis quatenus vosmetipsos tueri debeatis.

c. 8 eod.: emptor fundi nisi auctori aut heredi ejus denuntiaverit, evicto praedio neque ex stipulatu neque ex dupla neque ex empto actionem contra venditorem vel fidejussorem ejus habet. sed et si judicio emptor non adfuit, aut praesens per injuriam judicis victus est, absente auctore vel fidejussore, regressum adversus eum non habet.

Es dürfte hiemit der Quellenapparat, auf den man sich zu berufen pflegt, erschöpft sein. Von all den Stellen ist die letzte ersichtlich diejenige, welche am bestimmtesten redet. Und doch sagt sie, so gut wie alle andern, nicht mehr als was Regel ist; daß die Regel ausnahmslos gelten solle, wird nirgends ausgesprochen. Man

vergegenwärtige sich die Denkungsweise und den Sprachgebrauch der Römer: „omnis definitio periculosa est“; allgemeine Regeln liebten sie überhaupt nicht vorzugsweise, stellten sie verhältnismäßig selten auf, aber wo sie es thaten häufig, nach unserem Gefühl wenigstens, nicht ohne einigen Leichtsinn, indem sie ihr Augenmerk auf die Regel concentrirten, dieser allein in den Worten Ausdruck zu geben trachteten, daneben bestehende Ausnahmen unbeachtet und unangezeigt ließen. Oder aber die Regel wird im Hinblick auf eine bestimmte Ausdeutung formulirt; was übrigens aus den Worten ebensogut herausgelesen werden könnte, wäre falsch. Beläge hiefür sind leicht im Corpus Juris zu finden, die meisten wol unter den Fragmenten des Titels de regulis juris. Statt vieler:

jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse — fr. 7 h. t.

id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest — fr. 11 eod.

quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere — fr. 29 eod.

in omnibus causis pro facto accipitur id in quo per alium morae sit quo minus fiat — fr. 39.

furiosi vel ejus cui bonis interdictum sit nulla voluntas est — fr. 40 eod.

nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur — fr. 55 eod.

nemo alieno nomine lege agere potest — fr. 123 pr. eod.

Mag eine Regel noch so scharf formulirt sein, auf die Abwesenheit von Ausnahmen darf man beim Römischen Sprachgebrauch daraus nur schließen, wenn diese Abwesenheit ausdrücklich ausgesprochen wäre. Und das geschieht betreffs der Ausnahme um die hier sich es handelt in keiner der angezogenen Stellen. Die citirte c. 8 verneint die Evictionsklagen unter zwei Bedingungen:

si emptor auctori aut heredi ejus non denuntiaverit;
si judicio emptor non adfuit.

Das ist in der That nicht mehr gesagt als was in c. 17 cit. steht: der Käufer solle die Klage haben

si auctorem tuum certum fecisti,
nec citra judicis disceptationem eum tradidisti.

Ist nun aber im § 17 dargethan daß unter gewissen Voraussetzungen die a. ex empto wider den Auctor zugelassen wird wo die Sache dem Evincenten citra judicis disceptationem herausgegeben ist, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß, unter übrigens gleichen Voraussetzungen, wenn Käufer erst nach eingeleitetem Processe von dem unzweifelhaften und unwiderstehlichen Rechte des Evincenten sich überzeugte, er den Proceß fallen und sich contumaciren lassen durfte, um die Kosten eines unnützen Beweisverfahrens zu ersparen, ohne darum den Regreß zu verlieren; und weiter ist nicht abzusehen, warum man mehr Bedenken tragen sollte wider die erste Regel der c. 8 eine Ausnahme gelten zu lassen als wider die zweite. Von allen Stellen giebt also keine durchschlagend Zeugnis für die Unzulässigkeit unserer Ausnahme. Nur das muß man einräumen: wo eine Regel wiederholt so scharf betont wird, darf man das Dasein von Ausnahmen nicht ohne vollen Beweis behaupten. Uns fällt also der Beweis zu, aber wir haben auch nur eben directen Beweis hiefür zu führen, nicht noch einen Gegenbeweis, denn der ist durch die ganze Menge der Quellen nicht erbracht, zu entkräften.

Vorher noch eine Bemerkung zu c. 8 cit. Das „neque ex stipulatu neque ex dupla“ hat allen nicht leichtfertigen Interpreten Schwierigkeiten bereitet. In meiner Inauguraldissertation habe ich die dupla von der alten actio auctoritatis verstanden, die zur Zeit von Kaiser Alexander noch in Uebung war. Ich würde auch jetzt daran keinen Anstoß nehmen, daß hiernach etwas obsoletes in den Codex aufgenommen wäre. Aber der Ausdruck „ex dupla actio“ für die „auctoritatis actio“ gefällt mir nicht. Vielleicht daß ein schärfer bezeichnender ursprünglich in dem Rescript gestanden, aber von den Compilatoren als antiquirt beseitigt und durch diese „dupla“ ersetzt ist, welche neben der stipulatio nun allenfalls von der Verpflichtung das Doppelte zu promittiren zu verstehen ist,

die bei unterlassener Stipulation eine Klage auf das Doppelte erzeugen kann (vgl. fr. 2. fr. 37 de evict.).

Zu dem uns obliegenden Beweise ist zunächst aus den schon angeführten Stellen fr. 53 § 1 de evict. wieder aufzunehmen:

> si cum emptor non denuntiasset idemque victus fuisset quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo agere etc.

Besiegt „quoniam parum instructus esset" soll er keinen Regreß haben; daraus folgt fast mit Nothwendigkeit, daß wenn er obschon völlig gerüstet doch besiegt ist, und besiegt werden mußte, weil das Recht des Evincenten in der That unbesieglich war, Regreß haben soll. Die Beweiskraft der Stelle könnte nur durch ihr direct entgegentretende Zeugnisse aufgehoben werden, und die sind nicht vorhanden.

Sodann ist auf fr. 11 § 12 de A. E. V. 19, 1 Bezug zu nehmen:

> idemque putat et si ex stipulatu aget, et sive defendat noxali judicio sive non, quia manifestum fuit noxium servum fuisse, nihilo minus vel ex stipulatu vel ex empto agere posse.

Nach Bachov und Voet leugnen Glück Liebe Puchta u. a. daß man diese Stelle für die Ausnahme anführen dürfe. Denn einmal sei nicht gesagt daß hier die Denuntiation unterlassen worden — aber kann das für den Fall „si non defendat n. j." zweifelhaft sein? Sodann soll was von der Noxalklage gesagt ist auf andere Evictionsfälle, wo der Dritte sein Eigenthum oder ein Pfandrecht an der Sache geltend macht, nicht zu übertragen sein, weil nur betreffs der Noxalklagen der Verkäufer nach dem ädilicischen Edict zur Anzeige verpflichtet sei (fr. 1 § 1, 17 § 17, fr. 28 de aed. ed. 21, 1). Auch dies ist ein Scheingrund. Einen dritten fügt Glück in sehr naiver Weise hinzu:

> wie will der Käufer mit Ueberzeugung beurtheilen können ob der Anspruch des Dritten gerecht oder ungerecht sei, ohne den Auctor zur Mitvertretung aufgefordert zu haben?

Naiv besonders darum, weil er doch schließlich dafür sich entscheidet daß in solchen, wie man hiernach annehmen sollte, in Wirklichkeit gar nicht vorhandenen Fällen der Käufer nicht zu denuntiiren brauche.

Unser Hauptargument aber ist der durch fr. 11 § 12 de A. E. V. unterstützte und im § 17 erwiesene Satz: ist das Recht des Evincenten nachweislich unwiderstehlich, so kann Käufer demselben ohne weiteres nachgeben, und doch den Auctor auf Evictionsleistung belangen. Genügen aber die beiden Thatsachen, des unwiderstehlichen Rechts und der geschehenen Befriedigung desselben, um darauf den Regreß wider den Verkäufer zu stützen, so kann dieser auch dann nicht verloren gehen, wenn Käufer noch einiges aber nicht alles zur evident unnützen Vertheidigung seines Besitzstandes gethan hat, beispielweise den Proceß hat einleiten und dann sich contumaciren, oder auch den Proceß hat contradictorisch durchführen lassen ohne aber die Mitthätigkeit des Auctors in Anspruch zu nehmen. Fraglich könnte nur sein ob der Käufer berechtigt ist die Kosten solches augenscheinlich nutzlosen Vorgehens von dem Auctor miterseßt zu verlangen. Aber wegen dieser überflüssigen Handlungen dem Käufer den übrigens wohl fundirten Anspruch in der Hauptsache abzusprechen, liegt kein Grund vor.

III. Der Anspruch auf Evictionsleistung.

§ 19. Die Natur des Anspruchs. Es gilt hier den in der Einleitung begonnenen Beweis zum Abschluß zu bringen. Daß überall der Anspruch auf Evictionsleistung kein anderer sei als der auf Leistung, nachdem durch die Eviction der Schein der Erfüllung vernichtet ist, das ist ein Gedanke, der vielleicht besticht durch Klarheit des Princips und Uebersichtlichkeit der Consequenzen. Man fühlt sich gezogen eine so einfache Construction im Römischen Recht anzunehmen.

Aber auch für die entgegengesetzte Auffassung läßt manches nicht ohne Schein sich anführen. Freilich Duarens Meinung:

ex ipso contractu evictionem non debet . . . . . si tradiderit ex ipso contractu liberatur quia solvit . . . . si rem traditam habere non licet ex nova causa actio de evictione datur;

ist schon darum unhaltbar, weil es eben die actio ex empto ist, mit welcher der Verkäufer nach und wegen der Eviction zu belangen ist. Die Entstehung des Anspruchs muß jedenfalls auf den Abschluß des Kaufs selber zurückgeführt werden; höchstens könnte man behaupten daß die Tradition eine Art von Novation des ursprünglichen Anspruchs bewirke, und in diesem Sinne dann die nova causa verstehn.

Viel plausibler ist die Anschauung, daß aus dem Kauf, und aus ähnlichen Geschäften, eine Mehrheit neben einander laufender Verbindlichkeiten, zu tradiren, nach geschehener Tradition vor Eviction zu stehen u. s. w. entspringt. Schon durch die stipulatio de evictione werden wir gewöhnt den Anspruch auf Evictionsleistung als einen für sich dastehenden, von dem Anspruch auf Tradition verschiedenen zu betrachten; wir finden wiederholt nach geschehener Tradition das Recht auf Bestellung der Evictionscaution zu klagen besonders hervorgehoben:

fr. 131 § 1 de V. O. 45, 1: . . . . quamvis fundus Titio traditus sit, nihilominus petere fundum potest, ut sibi de evictione promittatur.

fr. 27 de sol. 46, 3: . . . possum fundum petere licet mihi traditus sit, si jus quoddam cautionis supererit.

cf. fr. 2, 37 de evict., fr. 31 § 2 de aed. ed. 21, 1; die a. ex empto wegen Eviction hat ihre eigene Verjährung,

c. 21 de evict. 8, 45; cf. fr. 39 § 4 de evict. 21, 2;

dann könnte man sagen, auch Ulpian zähle in ähnlicher Weise zu unterscheidende Verbindlichkeiten ex vendito auf:

fr. 11 § 2 de A. E. V. 19, 1: et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere, quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et

emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum.

Nähere Betrachtung muß den Schein der Richtigkeit dieser Anschauungsweise zerstören.

Zunächst ist eine historische Deduction zurückzuweisen, die man (Sell in s. Jahrb. II 1 § 4) mit dieser Auffassung in Verbindung zu bringen versucht hat. Die a. empti soll ursprünglich nur auf Tradition gegangen sein, daneben bei Käufen wo die Waare nicht mancipirt wurde die Sitte de evictione zu promittiren sich entwickelt haben, und aus dieser Sitte wieder, etwa nach der Regel „quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire“, die Erweiterung der a. empti auf den Evictionsfall erfolgt sein. Diese Deduction ermangelt der Begründung, denn es fehlen alle Zeugnisse dafür, daß zu irgend einer Zeit mit der a. ex empto auf Tradition habe geklagt, wegen Eviction aber nicht habe geklagt werden können; aus der bloßen Ueblichkeit der duplae stipulatio darf dies keineswegs gefolgert werden (vgl. über die Stipulation besonders Th. Mommsens Dissertation de auctoritate). Sie ist aber auch aus innern Gründen unhaltbar: neben dem Kauf erzeugen viel andere Geschäfte, alle auf dare gerichteten, die Evictionsleistungspflicht, sollte dieselbe hier aus einer ähnlichen Sitte hervorgegangen sein? Die duplae stipulatio bezog sich nur auf den Fall wirklicher Eviction, die a. ex empto ist zulässig auch wo der Käufer ex alia causa das Eigenthum erworben hat (fr. 9, 24, 41 § 1, 57 de evict.); wegen fructus und partus ist die duplae stipulatio unwirksam, die a. empti wirksam (fr. 8, 42, 43 eod.); die Stipulation ging auf den Preis oder ein Mehrfaches desselben, die a. empti stets auf das Interesse.

Ueberhaupt darf man sich nicht auf die stipulatio de evictione für die Zwiespältigkeit der aus dem Verkauf hervorgehenden Obligation berufen. Gerade die oben citirten Stellen fr. 131 § 1 de V. O. und fr. 27 de solut. beziehen sich nicht auf Geschäfte dieser Art, sondern auf Obligationen ad dandum, aus Sti-

pulation und Testament. Sollen wir nun darum das dare auch in zwei Leistungen, die obligatio ad dandum in zwei Verpflichtungen zerlegen? und wie sollen wir sie zerlegen? Sicher nicht so daß die eine auf bloßes tradere ginge, denn wer nur dieses leistet, hätte nicht zum Theil, sondern noch gar nicht geleistet (fr. 29 § 3 de leg. III, fr. 20, 38 § 3, 72 § 5 de sol.). Auch erklären sich die angezogenen Stellen aus dem einheitlichen Begriff des dare vollkommen. Wer zum dare verpflichtet ist tradirt die geschuldete Sache; war er unbeschränkter Eigenthümer, so hat er damit erfüllt, anderes Falls nicht; ob das eine oder das andere der Fall, ist im Augenblick nicht festzustellen, zweifelhaft also ob er noch schuldet oder nicht schuldet. Entsprechend hat der Empfänger entweder noch alles zu fordern, oder er hat nichts mehr zu fordern, und da der Zweifel hierüber für jetzt nicht zu beseitigen ist, giebt man ihm einstweilen unter gewissen Voraussetzungen das Recht Caution zu fordern, aus welcher Caution nichts zu leisten ist falls der Schuldner schon alles geleistet hat, anderes Falls aber, d. h. wenn der Schuldner nur scheinbar geleistet, thatsächlich nicht geleistet hätte, alles noch zu leisten wäre. Durch die Tradition ist die Forderung zu einer bedingten (allerdings von einer s. g. condicio in praesens collata abhängigen) geworden, und aus dieser kann der Gläubiger die Stellung einer ebenso bedingten Caution erfordern. Daß er aber von vornherein zwei unterschiedene Forderungen gehabt hätte, und von diesen eine durch die Tradition definitiv getilgt wäre, davon ist in unseren Stellen keine Spur. Im Gegentheil wo die Klage genannt wird, wird diese auch nach der Tradition als eine Klage auf das Ganze, auf die ursprünglich geschuldete Leistung bezeichnet „nihilo minus petere fundum potest“, „tamen ipsa res petenda est“.

Ebenso wenig widerstrebt das citirte fr. 11 § 2 von Ulpian der Annahme einer einheitlichen Verpflichtung des Verkäufers. Das „et in primis“ weist nicht mit Nothwendigkeit auf die beginnende Aufzählung verschiedener gleichzustellender Größen; mit denselben Worten hebt § 1 desselben Fragments an:

et in primis sciendum est in hoc judicium id demum deduci, l. c.

Anfangs des § 2 wird dann durch diese Worte die „ipsa res“ hervorgehoben die geleistet werden solle; gedacht ist dabei wol im Gegensatz an die Accessionen, die auch geleistet werden sollen; da aber Ulpian auf diese nachher nicht so bald übergeht, so konnte man sich versucht fühlen anzunehmen es habe das „rem praestare, i. e. tradere“ andern Leistungen in Beziehung auf dieselbe Sache gegenübergestellt werden sollen. Aber dies entspricht doch dem Gedankengange Ulpians nicht, er spricht im folgenden nicht von andern geschuldeten Leistungen, sondern von der Tradition allein, und sagt von dieser

entweder sie macht den Käufer zum Herrn oder sie verpflichtet den Verkäufer evictionis nomine.

Das heißt m. a. W., entweder sie hebt die Obligation auf oder sie läßt sie fortbestehen, dann aber freilich in etwas modificirter Weise, als obligatio de evictione. Sonach wäre der Unterschied anzuerkennen: die Scheinleistung wirkt auf die obligatio ad dandum gar nicht ein, auf die obligatio ex empto aber wirkt sie, zwar nicht aufhebend, auch nicht zum Theil, aber diese Obligation umgestaltend, so wenigstens daß aus der unbedingten eine bedingte wird. Aber auch diese Unterscheidung ist nicht festzuhalten: obligatio ad dandum und obligatio ex vendito beide werden durch eine bloße Tradition nicht getilgt und eigentlich auch nicht umgestaltet, betreffs beider aber entsteht durch die Scheinleistung der Schein der Tilgung, und die weitere Wirksamkeit beider ist also bedingt dadurch daß dieser Schein wieder beseitigt werde, und diese Beseitigung des Scheins einer genügenden Leistung geschieht bei der obligatio ad dandum unter andern und leichter erfüllbaren Voraussetzungen als bei der obligatio ad tradendum ut habere liceat. Ein weiterer Unterschied ist nicht vorhanden, und in den betrachteten Stellen nicht angezeigt.

traditio tantum evictionis nomine venditorem obligat, d. h. sie läßt die Verbindlichkeit des Verkäufers nur für den

Evictionsfall, eben als den den Scheincharakter der geschehenen Leistung erweisenden, bestehen, was beiläufig bemerkt auch nicht ganz richtig ist, da der Verkäufer, wie wir gesehen haben, auch wenn keine Eviction erfolgt, die Sache aber aus anderer causa auf den Käufer gekommen wäre, von diesem in Anspruch genommen werden kann.

Auch die Verjährung der Evictionsleistungsklage erklärt sich aus unserer Auffassung. In der Vornahme der Scheinleistung liegt eine Anerkennung der Schuld welche die bisherige Verjährung unterbricht, zugleich schließt die Scheinleistung die Möglichkeit einer neuen Klage bis zu dem Zeitpunkt aus, wo der Schein als solcher dargethan werden kann. Also kann die Verjährung der Klage wegen Eviction auch erst mit diesem Termin beginnen.

Wie wenig endlich die Römer gewöhnt waren die Verpflichtung das habere licere zu prästiren als eine besondere Obligation zu betrachten, das zeigen die seltsam subtilen Zweifel, in denen Ulpian im fr. 38 de V. O. sich ergeht.

Soviel gegen die Argumente die von der andern Seite vorgebracht werden mögen. Zum positiven Erweis unserer Auffassung führen die Stellen die schon in der Einleitung benutzt sind, fr. 3 pr. de A. E. V., fr. 33 de evict. Damit ließe sich die Ausführung verbinden, daß das „tradere ut habere liceat" des Verkäufers nichts anderes ist als ein den Verhältnissen des gemeinen Verkehrs entsprechend abgestumpftes „dare", kein aus verschiedenen Leistungen zusammengewachsener Begriff, sondern einheitlich abgeschlossen wie dieses. Die eingehende Darlegung hievon setzt aber eine genaue Entwicklung der Geschichte des Kaufs bei den Römern voraus, zu der einiges noch wenig ausgenutzte Material, besonders in den Geschäftsformularen von Cato und Varro erhalten ist, und die wichtiger und schwieriger ist als daß sie beiläufig abgemacht werden dürfte. Dagegen ist hier noch ein gewichtiger, wol der gewichtigste überhaupt, Grund für unsere Meinung hervorzuheben: daß nämlich die Einzelentscheidungen, denen wir in den Römischen Rechtsquellen begegnen, durchweg übereinstimmen mit dem was aus unserm Prin-

cip zu folgern ist. Betreffs der Rechtsgeschäfte welche die Gewährleistungspflicht des Auctors begründen, und der Bedingungen unter welchen diese Pflicht wirksam wird, ist dies in den beiden voraufgehenden Abschnitten bereits ausgeführt; es bleibt jetzt nur zu zeigen wie auch der Umfang des Anspruchs wider den Auctor denselben Grundsätzen entspricht.

§ 20. Die Höhe des Anspruchs. Die stipulatio de evictione pflegte auf ein certum gestellt zu werden, beim Kauf gewöhnlich auf das Doppelte des Preises, aber auch auf das Ein- Drei- und Vierfache (fr. 56 pr. de evict.). Die Klage wegen Eviction aus dem Geschäft selber geht stets auf ein incertum. Und zwar ist es noch in dem Augenblick, wo die Scheinleistung erfolgt, objectiv ungewis wieviel nachher, wenn die Eviction oder Quasieviction den Schein zerstört, zu leisten sein wird. Den ursprünglichen Betrag der Schuld sollte der Auctor leisten in dem Augenblick wo er die Scheinleistung vornimmt; er hat also nachträglich so viel zu leisten wie der Empfänger haben würde, wenn im Augenblick der Scheinleistung richtige Leistung erfolgt wäre, und vorausgesetzt also daß die gemachte Scheinleistung übrigens allen Anforderungen entsprochen, nur nicht Recht genug übertragen hätte, so kann der Anspruch des von der Eviction Betroffenen nur auf den Ersatz des Interesses sich richten was er daran gehabt hätte, daß volles Recht ihm geschafft worden, oder, was nur die nothwendige Folge hievon ausdrückt, daß die Eviction unterblieben wäre. Dies Interesse bestimmt sich nach dem Werth den die evincirte Sache zur Zeit der Eviction für den s. g. Evicten hatte, und nach den sonstigen Nachtheilen, welche die Eviction nach sich gezogen.

Einige Stellen sagen ohne nähere Bestimmung, es könne wegen Eviction auf das Interesse geklagt werden:

c. 25 de evict.: . . . empti actione quanti tua interest convenire potes,

c. 29 eod.: . . . . quanti interest eos conveniri posse; andere bezeichnen dies genauer:

fr. 8 de evict.: venditor hominis emptori praestare

debet quanti ejus interest hominem venditoris fuisse.

c. 23 de evict.: ... quanti tua interest rem evictam non esse, non quantum pretii nomine dedisti...

Daß nicht das pretium als solches zu restituiren sei, wird auch sonst wiederholt:

fr. 70 de evict.: evicta re ex empto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit.

fr. 60 eod.: simplam evictionis nomine, et ex natura ex empto actionis hoc quod interest.

Durch den Schein der letzten Stelle darf man sich aber nicht zu der Annahme verführen lassen, die simpla, d. h. das gezahlte Pretium sei stets das Wenigste was Käufer zu fordern habe; ausdrücklich hat dies Paullus in dem ebencitirten fr. 70 verneint, „ergo et si minoris esse coepit, damnum emptoris erit", ebenso in fr. 45 pr. de A. E. V: ... „minuitur praestatio, si servus deterior apud emptorem effectus sit." Dasselbe lehrt ebenso ausdrücklich Papinian in einem analogen Falle:

fr. 66 § 3 eod.: ... quanti sua interest actor consequatur, scilicet ut melioris aut deterioris agri facti causa finem pretii, quo fuerat tempore divisionis aestimatus, deminuat vel excedat.

Javolen im fr. 60 cit. denkt augenscheinlich nur an den gewöhnlichen Fall, wo das Pretium vom Interesse überstiegen wird.

So wenig wie das Pretium genügt eine Oblation der Sache selbst, ohne Zugabe des überschießenden Interesses:

fr. 67 eod.: emptori post evictionem servi, quem dominus abduxit, venditor eundem servum post tempus offerendo quo minus praestet quod emptoris interest non recte defenditur.

Der Werth zur Zeit der Eviction, nicht zur Zeit der Tradition wird bei dieser Berechnung des Interesses zu grunde gelegt. Dem-

nach können auch die Impensen die der Käufer gemacht hat von dem Auctor eingefordert werden,

c. 9, 16 de evict.,

vorausgesetzt nur daß diese nicht schon bei dem Evictionsprocesse wider den Evincenten geltend zu machen gewesen:

fr. 43, 45 pr. § 1 de A. E. V. 19, 1.

Es ist schon bemerkt daß im Gegensatz hiezu die Forderung aus der duplae stipulatio unverändert bleibt, trotz allen Veränderungen der erkauften Sache nach der Tradition

fr. 64 pr. de evict.

Hieraus ergiebt sich daß Paullus im fr. 13 eod

bonitatis aestimationem faciendam cum pars evincitur Proculus recte putabat, quae fuisset venditionis tempore non cum evinceretur,

nur an die Klage aus der Stipulation gedacht haben kann. Schwieriger ist es die Worte des hieran sich anschließenden fr. 15 pr. von demselben zu erklären:

sed si quid postea alluvione accessit tempus quo accedit inspiciendum;

denn stand es fest, daß etwas „postea," d. h. „post venditionis tempus" hinzugetreten war, so konnte dies nach dem voraufgehenden und nach dem Charakter der Evictionsstipulation überhaupt gar keine Berücksichtigung finden.

Außer dem Werth den die evincirte Sache für den Empfänger hat, kann dieser auch soweit ihm sonst Nachtheile aus der Eviction erwachsen, dieselben von seinem Auctor ersetzt verlangen. Sehr allgemein spricht

c. 17 de evict.: . . . praeses provinciae in damnis quae te tolerasse meministi medelam juris adhibebit.

Heut zu Tage dürften dahin besonders die Kosten des Evictionsprocesses zu rechnen sein. Doch wol nicht ohne Ausnahme. Einmal dann nicht wenn der Auctor selber nachdem ihm Lis denuncirt worden jeden weiteren Widerstand gegen den Evincenten für

überflüssig erklärt; daß der Käufer hier beim Fallenlassen der Vertheidigung doch den Regreß wider den Auctor hätte kann nicht bezweifelt werden,

vgl. auch fr. 63 § 1 de evict.;

auch nicht, daß wenn er hiernach etwas überflüssiges gethan, er dessentwegen, da es wider den Rath des Auctor geschehen, nicht diesen in Anspruch nehmen darf,

vgl. noch fr. 66 pr. eod.

Zweitens dann nicht, wie schon oben bemerkt, wenn Käufer bei dem Beginn des Evictionsprocesses die Erfolglosigkeit jeder Vertheidigung erkannt und darum die Litisdenuntiation unterlassen hat, aber doch sich nicht hat entschließen können die Sache ganz ohne Proceß an den Berechtigten herauszugeben.

Abgerechnet werden auf die Evictionsleistungsforderung müssen die Vortheile, welche der Empfänger in der Zwischenzeit von der Tradition bis zur Eviction aus der evincirten Sache gehabt hat, insbesondere die Früchte die er bezogen und behalten hat; denn nur was er mehr gehabt haben würde aus richtiger Leistung als aus der geschehenen Scheinleistung, darf er von dem Auctor nachfordern:

cf. fr. 74 § 1 de evict. — c. 16 de evict.

Daß die in der c. un. de sentent. q. pro eo 7, 47 von Justinian gezogene allgemeine Grenze für Interessenforderungen, „quod interest dupli quantitatem minime excedere“, auch für unsere Evictionsleistungsklage gelten muß, folgt nach den gewöhnlichen Auslegungsregeln; man hat überdies uns besonders darauf aufmerksam machen zu müssen geglaubt. Schon die classische Jurisprudenz hatte die Nothwendigkeit erkannt die Forderung des Interesses nicht ins Endlose wachsen zu lassen:

fr. 43 de A. E. V. (Paull.):...plane si in tantum pretium excessisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa, veluti si ponas agitatorem postea factum vel pantomimum evictum esse eum qui minimo veniit pretio, iniquum videtur in magnam

quantitatem obligari venditorem, [fr. 45:] idque et Julianum agitasse Africanus refert; quod justum est, sicut minuitur praestatio, et c....

Dazwischenhinein geflickt als fr. 44 ist von den Compilatoren ein kleines Bruchstück aus Africans Quästionen:

cum et forte idem mediocrium facultatum sit et non ultra duplum periculum eum subire oporteat.

Daß die Worte „et non ultra duplum" nicht von African herrührten, wird kaum zu behaupten sein: das ganze Einschiebsel wäre unter dieser Voraussetzung sinnlos. Aber daß African die Worte in ähnlichem Zusammenhange und in demselben Sinn gesprochen den sie hier empfangen, das bleibt unerwiesen. Höchstens könnte man versuchen die scharfe Begrenzung der Interessenforderung für die Zeit der classischen Jurisprudenz daraus zu rechtfertigen, daß regelmäßig dupla und nicht mehr promittirt wurde. Wäre aber wirklich diese Grenze zu Paullus Zeiten schon anerkannt gewesen, so wäre es höchst auffällig daß der Jurist, so wie es in fr. 43, 45 geschieht, auf die aequitas sich bezöge, statt schlechthin auf das jus receptum zu verweisen.

Was endlich den Inhalt der Ansprüche wegen Eviction anlangt, so besteht derselbe keineswegs ausschließlich aus Geldleistungen, Zahlung der dem Interesse entsprechenden Summen. Wie bei der Mora ist es die ursprüngliche Leistung sammt dem Interesse, die der Schuldner zu gewähren hat. Freilich wird in vielen Fällen auch an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung eine Geldleistung treten. Der Käufer ist aber keineswegs befugt die Naturalleistung abzuweisen; fr. 67 de evict. sagt nur daß die Oblation des Sklaven ohne Zufügung des Interesses nicht genüge. Ebenso kann der Kläger auch seinerseits Naturalleistung fordern, wo sie ihm wünschenswerth und dem Schuldner möglich ist, z. B. wo dieser nach der Eviction den Evincenten beerbt hätte. Für die Zeit wo jede Condemnation auf Geld gerichtet werden mußte, hatte dies nicht viel Bedeutung. Da wir aber eine Execution ad faciendum, und speciell ad tradendum kennen, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß wenn der

Auctor nach der Verurtheilung aus dem Evictionsleistungsanspruch wieder in den Besitz der evincirten Sache gelangt ist, sein Gegner die Herausgabe derselben erzwingen kann.

§ 21. Was nach Eviction eines Theils vom Auctor zu leisten sei, das scheint nach dem voraufgehenden nicht schwer zu bestimmen. Eine verständliche und verständige Entscheidung Ulpians eröffnet unsern Digestentitel:

> fr. 1.: . . . sed cum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, regressum habet pro quantitate evictae partis. quodsi certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi, pro bonitate loci erit regressus. quid enim si quod fuit in agro pretiosissimum hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum? aestimabitur loci qualitas et sic erit regressus.

Die Quoteneviction betreffend möge man damit vergleichen:

> fr. 69 § 6 eod. (Scaev.): in fundo vendito cum modus pronuntiatus deest, sumitur portio ex pretio, quod totum colligendum est ex omnibus jugeribus dictis.

Also verkauft habe ich dies (Ackermannsche) Grundstück und dabei die Zusage gemacht, es enthalte dasselbe 100 Morgen. Der Fall ist keineswegs zusammenzuwerfen mit dem anderen, wo ich verkauft habe 100 Morgen, und um diese Verpflichtung zu erfüllen das genannte Grundstück tradirt habe. Denn in dem zweiten Falle habe ich noch Land nachzuleisten, soviel daß die 100 Morgen erreicht werden, und nur wenn mir dies unmöglich wäre, würde die Forderung in eine Interessen- und also Geldforderung sich umwandeln. Im ersten Falle aber habe ich Land nicht mehr zu leisten als das Ackermannsche Grundstück enthält, daneben aber bin ich von vornherein zu einer Geldleistung verpflichtet, entsprechend dem Interesse des Käufers daß das Grundstück das zugesagte Maß nicht erfüllt (vgl. fr. 31 eod., fr. 2 pr., 4, 6 pr. § 4 de A. E. V.). Die Quoteneviction steht ersichtlich dem zweiten Fall näher als diesem: Verkäufer hat zunächst die evincirte Quote selber zu leisten, sammt dem

hinzutretenden Interesse, und nur subsidiär, statt der Quote selber, den Werth derselben für den Käufer.

Mehr Schwierigkeit bereiten die Stellen, die sich auf die Eviction bestimmter Landstücke (partes pro diviso) beziehen. Die Richtigkeit der Entscheidung Ulpians im fr. 1 cit. wird niemand anzweifeln, ebenso wenig daß die Regel des vorigen Paragraphen, daß der Werth der Sache im Augenblick der Eviction für die Höhe des mit der a. empti einzufordernden Interesses maßgebend sei, auch auf Partialevictionen Anwendung finden müsse. Sehr wohl vereinbar hiemit, aber nicht gerade besonders lehrreich sind fr. 8 de evict. von Julian, fr. 16 pr. eod. von Pomponius, fr. 45 eod. von Alfenus. Es ist schon vorher (§ 20) gefolgert worden, daß Paullus im fr. 13 und im fr. 15 eod. an die actio ex stipulatu denken müsse; also auch bei dieser galt die Regel:

> bonitatis aestimationem faciendam cum pars evincitur;

womit zum besten sich verträgt:

> si usufructus evincatur pro bonitate fructuum aestimatio facienda est.

Dies bestätigt noch Papinian im fr. 64 eod., das zweifelsohne allein auf die Stipulationsforderung sieht:

> fr. 64 § 3: ceterum cum pro diviso pars aliqua fundi evincitur, tametsi certus numerus jugerum traditus sit, tamen non pro modo sed pro bonitate regionis praestatur evictio.

Dagegen anscheinend Paullus:

> fr. 53 pr. eod.: si fundo tradito pars evincatur, si singula jugera venierint certo pretio, tunc non pro bonitate sed quanti singula venierint quae evicta fuerint praestandum, etiamsi ea quae meliora fuerunt evicta sint.

Die Vereinigung wird erschwert dadurch, daß Papinian ausdrücklich sagt „si certus numerus jugerum traditus sit," und in dem Voraufgehenden gerade auf solche Fälle zu sehen scheint wo „singula jugera venierunt certo pretio" (vgl. oben § 13). Und doch, will

man der Annahme eines Widerspruchs entgehen, bei dem die logische Consequenz für Paullus wider Papinian entscheiden müßte, so muß man darauf zurückkommen, daß beide Juristen verschiedene Fälle vor Augen haben. Papinian denkt daran, daß ein Grundstück verkauft ist, bei dem Verkäufer erklärt hat es enthalte so viele Morgen, bei dem aber der Preis nicht nach den einzelnen Morgen sondern in Pausch und Bogen verabredet, und bei dem also auch die Dupla in Pausch und Bogen promittirt ist. Freilich verträgt sich diese Auslegung nicht zum besten mit unserer Auffassung der anderen Paragraphen.

Gelingt es übrigens nicht alle Zweifel aus der Interpretation des fr. 64 cit. zu entfernen, so wird man sich an das fr. 7 § 1 sol. matr. 24, 3 erinnert fühlen, dessen Ausleger bisher auch nicht glücklicher gewesen sind, und man mag dann des „aliquando dormitat" gedenken, auch wol daß gute Juristen schon oft sich verirrt haben, wo es ans Rechnen oder Etymologisiren ging.

§ 22. Einige theils irrthümlich behauptete, theils in Wahrheit bestehende Abweichungen von den hier ausgeführten Regeln.

Vangerow (Lehrb. III § 610 Anm. 2) behauptet, der Schenker bei der donatio generis, ebenso der Onerirte der ein generisches Legat zu prästiren hat, hafte zwar nicht für wahre Evictionsleistung, habe namentlich nicht das volle id quod interest zu ersetzen, doch müsse er im Evictionsfalle ein anderes Individuum aus dem versprochenen Genus leisten. Dies folgt nicht aus dem Wesen der Schenkung und des Legats (vgl. oben § 6 u. 7), es steht nicht in den Stellen die Vangerow anführt (fr. 38 § 3, 72 § 5, 6 de solut., fr. 45—46 de leg. I, fr. 108 § 10 eod., fr. 29 § 3 de leg. III, fr. 58 de evict.), und wäre also nur aufrechtzuerhalten wenn es aus dem Wesen generischer Obligationen überhaupt sich ergäbe. Hier zeigt sich praktisch die Verschiedenheit der Ansichten von Jhering und mir betreffs dieser Obligationen. Jhering in seinen Jahrbüchern (IV S. 384) sagt „geschuldet wird stets nur ein genus, nie eine species" oder „Gegenstand der Obligation ist ein genus, der Solution die species." Daraus folgt daß, wenn die solvirte species

evincirt und dadurch der Schein der Solution beseitigt ist, geschuldet wird nach wie vor das genus, also zu leisten ist ein beliebiges Individuum aus dem Genus. Dawider habe ich behauptet (in diesem Jb. V. S. 352, 406), allerdings ohne die praktische Verschiedenheit meiner Auffassung von der Iherings auch in dieser Beziehung zu betonen, daß auch aus der generischen Obligation stets eine specielle Leistung geschuldet wird, indem die Eigenthümlichkeit dieser Obligation nur darin bestehe, daß während schon es gewis sei daß die Leistung einer Species geschuldet werde, doch noch ungewis sei welche Speciesleistung geschuldet werde; entsprechend daß jeder Genuskauf spätestens mit der Erfüllung in einen Specieskauf sich verwandle. Ich beziehe mich daher wider Vangerow auf das was ich a. a. O. zur Rechtfertigung meiner Meinung ausgeführt habe, und füge hinzu daß auch die Scheinleistung, Tradition einer Species aus dem fraglichen Genus die nachher evincirt wird, zweifellos die Momente in sich begreift die erforderlich sind um das generische in ein speciell bestimmtes Rechtsgeschäft übergehen zu lassen (vgl. meine angeführte Abhandlung vom Genuskauf, insbes. § 6). Von dem Augenblick da diese Species aus dem Genus von der einen Seite gegeben und von der anderen genommen ist, kann das ganze Geschäft nur wie ein auf diese Species gerichtetes behandelt werden, und wird diese Species evincirt, so lebt darum die alte Unbestimmtheit der generischen Obligation nicht wieder auf, sondern es ist dem Empfänger das Interesse zu ersetzen daß gerade diese Species ihm entrissen ist. Das folgt, wie gesagt, aus dem Wesen der generischen Obligationen überhaupt, aber auch aus der Stelle welche Vangerow als besonders beweisend abdrucken läßt:

> fr. 45 § 1 de leg. I.: heres generaliter dare damnatus sanum eum esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit, quia ita dare debet, ut eum habere liceat.

Offenbar ist hiernach die Haftung speciell für das tradirte Individuum zu übernehmen. Man denke: Durchschnittswerth eines Sklaven

der Art = 10, durch besondere Eigenschaften ist der gegebene Sklave dem Empfänger werth geworden 20 und mehr, Noralschuld die an demselben haftet = 18; kein Zweifel daß der Erbe diese 18 zahlen muß. Ebenso wenn der Sklave für Summen, die seinen generellen Werth überstiegen, verpfändet wäre (vgl. die zweite Hälfte des citirten Paragraphen). Völlig inconsequent aber wäre es, wenn für diese Evictionsfälle die specielle Haftung des Auctors feststeht, für den Fall einer Eviction mittels Vindication generelle Haftung anzunehmen.

Zu Bedenken kann ferner Anlaß geben:

> fr. 71 § 1 de leg. I.: . . . regulariter dicendum est quoties sine judicio res legata evincitur, posse eam ex testamento peti.

Man könnte herauslesen die Evictionsklage habe sich hier auf die evincirte Sache oder den Werth derselben zu beschränken, ohne Rücksicht auf das übrige Interesse. Ich selber habe dies in meiner Dissertation gethan, und hierin eine Abweichung der actio stricti juris (ex testamento) von den actiones bonae fidei zu sehen geglaubt. Dies wird aber durch fr. 71 § 1 nicht bewiesen, und ist an sich nicht wahrscheinlich. Ulpian prüft in der Stelle ob wer einen Sklaven aus dem Legat leiste, dabei zu caviren habe; ist die erste Leistung ohne Klage erfolgt, so kann nachher wegen Eviction ex testamento geklagt werden, anders wenn schon vorher geklagt und dadurch die Testamentsklage consumirt wäre. Wieviel mit der Testamentsklage zu erreichen ist, hat für ihn keine Bedeutung, und es ist darum willkürlich den indifferenten Ausdruck „posse eam ex testamento peti“ zum Argument a contrario zu stempeln. Zudem spricht wider die Beschränkung der stricti juris Klagen im Evictionsfall auf den bloßen Werth der Sache die Analogie der Wirksamkeit derselben Klagen im Falle einer mora debitoris

> fr. 35 pr., 36 § 2, 47 de usufr. 7, 1,
> fr. 113 § 1, 114 de V. O. 45, 1.

§ 23. Pacht und Miethe sind vom Kauf und den Geschäften auf Bestellung von Eigenthum oder andern dinglichen Rechten da-

durch wesentlich verschieden, daß bei ihnen die Erfüllung nicht durch Eine Handlung zu bewerkstelligen ist. Was Verkäufer und ad dandum Verpflichtete zu leisten haben ist etwas einmaliges, in kürzester Zeit zu vollbringendes; ist der eine Akt vorbei, so ist, je nachdem derselbe den nach dem Wesen des Geschäfts zu stellenden Anforderungen entsprochen oder nicht, die Obligation erfüllt oder nicht erfüllt; dagegen liegt es außer der Regel daß nach dem einmaligen Erfüllungsakte die Obligation nicht ganz erfüllt, vielmehr noch etwas nachzuleisten wäre. Anders bei der Miethe: wer auf Jahre hinaus vermiethet hat, der kann bei bestem Willen und vollstem Rechte seine Verbindlichkeit nicht durch Einen Akt erfüllen, der Tradition muß ein gewisses nach Umständen passives oder aktives die ganze Miethszeit durch dauerndes Verhalten folgen, damit die Obligation in ganzem Umfange erfüllt werde. Hiedurch ist bei Pacht und Miethe das Gebiet erweitert, auf welchem contractwidrige Handlungen des Locators Platz finden, und neben diesen Ereignisse, welche indem sie die Erfüllung unmöglich machen, falls sie von dem Locator nicht verschuldet sind, diesen von seinen weiteren Verbindlichkeiten befreien. Ereignisse der letztern Art haben in dem Römischen Mieth- und Pachtrecht aufmerksame Beachtung gefunden: der Vermiether darf den Contract einseitig aufheben „si corrigere domum maluerit“ oder „si propriis usibus eam necessariam esse probaverit“ (c. 3 de locato 4, 65). Dem Falle der nöthig werdenden Reparatur vergleicht African den anderen, wo Menschen mit unwiderstehlicher Gewalt den Locator an der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten verhindern:

fr. 33 locati 19, 2: . . . sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim majorem aut potentiam ejus non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.

fr. 34 eod. (Gaj.): perinde ac latronum incursu id acciderit.

fr. 35 eod. (Afric.): . . . quid enim interest utrum locator insulae propter vetustatem cogatur eam reficere,

an locator fundi cogatur ferre injuriam ejus quem prohibere non possit.

Bis hierhin sind die Worte des Juristen unbedenklich; er sieht auf einen Fall, wo der Locator weichen muß, nicht besserem Rechte sondern der größeren physischen Macht, oder der widerrechtlich ausgenutzten „potentia" seines Gegners, „injuriam ejus prohibere non potest." Zweifel kann das unmittelbar folgende erregen:

intelligendum est autem nos hac distinctione uti de eo qui et suum praedium fruendum locaverit et bona fide negotium contraxerit, non de eo qui alienum praedium per fraudem locaverit, nec resistere domino possit quo minus is colonum frui prohibeat.

African läßt nämlich hier den Fall wo der Locator „praedium alienum" nicht „per fraudem" vermiethet hat unberührt. Aber aus dem Hervorheben der „fraus" auf der einen, der „bona fides" auf der andern Seite, ferner daraus daß auch im fr. 33 cit. African die Verpflichtung zur Zahlung des Interesses nur unter der Voraussetzung anerkennt,

si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibeatur quem tu prohibere ne id faciat possis, [seitens dessen dann die Prohibition als eine mittelbar von dir verschuldete gelten muß],

könnte man folgern, African nehme eine Verpflichtung des Locators zur Prästation des Interesses im Evictionsfall überhaupt nur unter der Voraussetzung einer mala fides an. Dieser Zweifel erstreckt sich nicht, über die Ansicht Africans hinaus, auf das nach dem Corpus Juris geltende Recht. Denn während was African sagt mehrdeutig ist, finden sich in demselben Pandektentitel Stellen von anderen Juristen die keinen Zweifel gestatten. Paullus, im fr. 7, behandelt den Fall „si alienam insulam locavero," ohne Unterschied des guten und des bösen Glaubens, und entscheidet sich unbedenklich für Gewährung der Klage auf das Interesse; ganz ebenso Tryphonin fr. 8, der nur betreffs der Berechnung des Interesses Paullus berichtigt. Noch bestimmter Ulpian

fr. 9 pr. eod. si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque; Pomponius ait nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere.

Ulpian fügt hinzu wie dies am besten geschehen könne; worauf nachher zurückzukommen ist. Einer ähnlichen Entscheidung begegnet man auch im

fr. 15 § 8 eod.: plane si forte dominus frui non patiatur ... vel cum alius alienum vel quasi procurator [locasset] vel quasi suum, quod interest praestabitur.

Zu vergleichen ist endlich noch § 1 des schon citirten fr. 9: ein Usufructuar hat vermiethet, hat er sich als solchen zu erkennen gegeben, so erlöschen die Ansprüche des Miethers mit seinem Tode,

quid tamen si non quasi fructuarius ei locavit, sed si quasi fundi dominus? videlicet tenebitur, decepit enim conductorem et ita imperator Antoninus cum D. Severo rescripsit.

„decepit“, er hat ihn geteuscht, ob absichtlich?

Systematisch sind all diese Entscheidungen zu vereinigen. Wenn der Locator bei Abschluß des Vertrags nicht ausreichendes Recht hatte dem Conductor das frui licere während der bedungenen Zeit zu gewähren, und den Conductor, gleichviel warum, hievon in Kenntnis zu setzen unterlassen hat, der Berechtigte aber später von seinem Recht Gebrauch macht und dem Conductor eine Benutzung der Sache wie der Locator contractmäßig sie zu gewähren hatte nicht gestattet, so haftet der Locator dem Conductor auf das ganze Interesse (fr. 7, 8, 9 pr. 15 § 8 locati); ebenso wenn der Locator nach dem Contractsschluß sein Recht veräußert (fr. 25 § 1 eod.), oder von demselben zum Schutz des Conductors keinen genügenden Gebrauch gemacht, oder gar selber denselben in dem contractmäßigen Innehaben der Sache gestört hätte (fr. 33, fr. 15 § 8 eod.). Hat dagegen der Locator sein volles Recht nach geschlosse-

nem Miethvertrag ohne sein Zuthun verloren (fr. 33 „si fundus quem mihi locaveris publicatus sit"), oder erfolgt eine widerrechtliche unabweisbare Störung (fr 34, 35 pr. eod.: „cogatur ferre injuriam"), so ist der Miethzins vom Conductor nur bis zum Beginn der Störungen zu zahlen, was er mehr vorausgezahlt hätte könnte er zurückfordern, außerdem aber keine Entschädigung begehren.

Noch in anderer Beziehung verdient der Miethsvertrag besondere Berücksichtigung. Die vermiethete Sache ist evincirt, das Interesse zu gewähren, da entscheidet Ulpian in dem vorher schon berührten

> fr. 9 pr. eod.: .... plane si dominus non patiatur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem.
>
> vgl. fr. 60 pr. eod. (Lab.): ... nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare.

Das auffällige, die Obligation des Vermiethers gleichsam wie eine generische wirken zu sehen, schwindet bei näherer Betrachtung. Nach der Eviction hat überhaupt der Auctor, hier der Vermiether, zu leisten was er von vornherein zu leisten hatte, die Sache selbst sammt dem Interesse; nur eventuell hat er, statt der Sache selbst, ein Geldäquivalent zu leisten. Hier kann die Sache selbst nicht geleistet werden („si dominus non patiatur"), es ist also ein Aequivalent zu geben; Ulpian entscheidet sich dafür, daß dies nicht nothwendig ein Geldäquivalent sein müsse, ein Aequivalent von der Natur der eigentlich geschuldeten Sache falls es nur paßlich sei („non minus commodam"), dürfe nach der Billigkeit („aequissimum esse") nicht abgewiesen werden. — Es liegt darin eine Bestätigung unserer oben aufgestellten Behauptungen (vgl. § 5 und § 20).

§ 24. Einen besondern Fall der Eviction verkaufter Sachen betrifft fr. 74 § 1 de evict.

> si jussu judicis rei judicatae pignus captum per officium judicis distrahatur, post evincatur.

Die Klage ex empto wird gegeben gegen den „qui pretio liberatus est“, d. h. wider den verurtheilten ausgepfändeten Schuldner. Daß dieser Verkauf ein unfreiwilliger gewesen findet insoweit Berücksichtigung, daß die Klage nur auf den Kaufpreis sammt Zinsen unter Abrechnung der von dem Käufer lucrirten Früchte beschränkt wird.

Daß hier eine Singularität verordnet ist, darf nicht verkannt werden, und ist auch gewöhnlich nicht verkannt worden, vgl. z. B. das Erk. des O. A. G. zu Lübeck vom 22. Mai 1841 (Seufferts Arch. V 268). Dennoch wird in der Praxis bei der Bestimmung der Höhe einer Evictionsleistungsforderung dem Betrage des Preises oft mehr Bedeutung beigelegt als er verdient. So in dem eben citirten Erkenntnis, das wenigstens in dem bei Seuffert gegebenen Auszuge (V 267 enthält ein anderes Stück desselben Urtheils) richtiges und falsches vermischt. Es lautet:

> Nach allgemeinen Grundsätzen besteht die Verpflichtung des Verkäufers lediglich darin dem Käufer den wirklichen Nachtheil — id quod interest — zu erstatten, den derselbe, und zwar durch die Eviction erlitten hat, — [bis hierhin tadellos]
>
> mithin auch Zinsen vom Kaufgeld nur insofern als der Käufer dieselben durch die Eviction eingebüßt hat.

Diese letzten Zeilen sind mir dunkel: wie kann der Käufer das Kaufgeld oder Zinsen vom Kaufgeld durch die Eviction verlieren? Aus dem Kauf empfängt der Käufer die merx, wird evincirt, so verliert Käufer diese merx und die commoda aus derselben. Aus dem Kauf giebt der Käufer das pretium, mit der Hingabe verliert er das Capital und die Möglichkeit dasselbe für sich zinstragend anzulegen. Dieser Verlust vom Pretium und eventuell Zinsen des Pretiums geht allemal hervor aus der contractsmäßigen Leistung des Käufers, niemals aus der Eviction. Darum kann wegen Eviction das Pretium als solches nie zurückgefordert werden, daher auch keine Zinsen von demselben, so wenig von dem Tage der Auszahlung desselben (wie ein früherer Richter erkannt

hatte), wie von dem Tage der Insinuation der Klage (wie das O. A. Gericht angenommen). Aus der Klage wegen Eviction soll Kläger erhalten

quanti ejus interest rem venditoris fuisse (fr. 8 de evict.)

quanti interest rem evictam non esse (c. de evict.);

aber wenn wirklich die Sache des Verkäufers gewesen und darum nicht evincirt worden wäre, das Pretium sammt Zinsen hätte Käufer darum doch nicht behalten. — Daher ist nicht abzusehen wodurch das O. A. Gericht, nachdem es bereits ganz richtig entschieden (V 267), daß wegen der erfolgten Eviction zweier Reichsoperationskassenscheine der Werth derselben, unter der in c. un. de sent. (7, 47) gebotenen Beschränkung, dem Käufer zu zahlen sei, sich bewogen finden konnte nachträglich noch auf die abwegige Untersuchung einzugehen, von wann ab Zinsen von dem zu erstattenden Kaufgelde zu entrichten seien, sintemalen das Kaufgeld selber gar nicht zu erstatten war.

Auch ein Erkenntnis des O. A. Gerichts zu Celle von 1851 (Seuff. Arch. V 122) ist wenigstens betreffs des Ausdrucks nicht zu billigen.

Sein Anspruch umfaßt daher nicht nur den gezahlten Kaufpreis nebst Zinsen, sondern auch den Werth der Sache zur Zeit der Eviction nebst Zinsen. Die einzige Beschränkung für diese Entschädigungspflicht ist durch die c. un. de sent. gegeben.

Das klingt als sei die Restitution des Kaufpreises nebst Zinsen ein stets zu gewährendes Minimum, was mit fr. 70, 66 § 3 de evict. und fr. 45 pr. de A. E. V. nicht zu vereinen ist.

Materiell falsch ist ein Erkenntnis des O. A. G. zu Dresden aus dem J. 1854,

Zeitschr. f. Rpfl. u. Verwalt. in Sachs., N. F. Bd. XIII Nr. 148,

wonach im Fall der Eviction von Grundstücken Käufer nicht die Nutzungen der entwährten Grundstücke selber, sondern Zinsen von

der Ersatzsumme zu fordern haben soll. Es steht diese Entscheidung in directem Widerspruch mit den angeführten Quellenaussprüchen, die dem Käufer geben heißen „quanti ejus interest rem venditoris fuisse, evictam non esse“; sie wird gestützt auf die irrige Annahme, daß die Evictionsleistungsforderung von vornherein nicht auf die Sache sondern den Werth derselben gehe, verbunden mit dem Satze daß in der Regel Nebenleistungen (causa rei) dem Hauptgegenstande gleichartig seien. Zu bemerken übrigens, daß das O. A. Gericht selber die Entscheidung für ganz unbedenklich nicht ausgiebt, und von näherer Untersuchung der Frage nur darum abgesehen, weil sie nach den besondern Verhältnissen des vorliegenden Falles für das Resultat des Erkenntnisses nicht maßgebend gewesen.

§ 25. Neben der Klage steht den Käufern und anderen, die aus onerosen Geschäften Evictionsleistung zu fordern haben, ein Retentionsrecht zu betreffs der eigenen Leistung. Zweifellos nach durchgeführter Eviction

fr. 13 § 9 de A. E. V. 19, 1,
cf. fr. 11 de evict. 21, 2;

ebenso wo der Käufer ex alia causa Eigenthümer geworden wäre:

fr. 29 pr. eod.

Die Einrede, die diese Retention schützt, ist ersichtlich die exceptio non adimpleti contractus, die über die Voraussetzungen der Klage wegen Eviction hinaus erweitert ist. Denn sie ist nicht erst nach durchgeführter Eviction zulässig, sondern schon quaestione mota:

fr. 18 § 1 de per. et comm. r. r. 18, 6: ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emptor solvere non cogetur, nisi fidejussores idonei a venditore ejus evictionis offerantur.

Und wie die Preisforderung selber, so kann auch eine andere durch Novation an Stelle derselben getretene Forderung während schwebendes Evictionsprocesses nicht durchgeführt werden:

fr. 17 § 2 de doli m. exc. 44, 4: . . . respondit he-

redes venditoris si ante eventum cognitionis pergant petere exceptione doli mali posse summoveri.

„Quaestione mota“ hat der Käufer die Einrede, das ist gewis, ob schon früher ist fraglich. In betracht kommt:

c. 5 de evict. 8, 45: ex praediis quae mercata es si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris ut ea a creditore liberentur. idem etiam fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris.

„praedia si obligata sunt,“ kein Wort davon daß das Pfandrecht schon gerichtlich geltend gemacht worden, und doch nicht blos Retention, auch Klage „ut a creditore liberentur.“ Aber gerade daß auch die a. ex empto zugelassen wird, schwächt die Bedeutung der Stelle für uns ab, denn dicht daneben steht

c. 3. eod.: qui rem emit et post possidet quamdiu evicta non est, auctorem suum propterea quod aliena vel obligata res dicatur convenire non potest.

Der Grund der Entscheidung in c. 5 muß also in der Eigenthümlichkeit des hier betrachteten Falles liegen. Entweder daß Verkäufer nach dem Verkauf die Verpfändung vorgenommen „praedia quae mercata es si a venditore obligata sunt; oder daß die vielleicht schon früher bestellten Pfandrechte vor der Tradition bekannt geworden, denn nun kam Verkäufer in die Lage entweder die Pfänder zu lösen oder bei Tradition der Sache, betreffs deren er das habere licere zu prästiren hatte, um die Evincibilität derselben zu wissen, was als Fall des Dolus angesehen sein dürfte, so gut wie der, „si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset“ (fr. 6 § 9, 13 § 6, 39 de A. E. V.). — Eine andere bedenkliche Stelle ist

c. 24 de evict.: si post perfectam venditionem ante pretium numeratum rei venumdatae mota fuerit quaestio, vel mancipia vendita proclament

in libertatem, cum in ipso limine contractus immineat evictio, emptorem si satis ei non offeratur ad totius vel residui pretii solutionem non compelli, juris auctoritate monstratur.

unde cum parte pretii numerata domus quam emisti tibi velut pignoris jure obligatae, ne ad emptionem accederes, denuntiatum ab aliquo proponas, judex tibi quae ex emptione veniunt praestari providebit.

Der erste Absatz sagt kurz „mota quaestione," dem das „proclamare in libertatem" gleichsteht, könne der Käufer zur Zahlung des Preises nicht gezwungen werden. Im zweiten Absatz ist verschiedenes zweifelhaft: anscheinend wird aus dem vorausgeschickten einfach gefolgert, wie die Conjunction „unde" andeutet, aber was gefolgert wird scheint mehr zu sein als was logisch zu folgern wäre, oder ist das „denuntiatum esse domus pignoris jure obligatae" in der That der Anfang der quaestio mota? was heißt ferner, da der Kauf doch schon abgeschlossen („post perfectam venditionem"), „ne ad emptionem accederes denuntiatum?" endlich, was begreift der Ausdruck „quae ex emptione veniunt?" Retention des noch nicht gezahlten, oder auch Rückforderung des gezahlten, oder Ablösung der Pfandrechte?

Während trotz diesen Zweifeln c. 24 cit. angethan ist den Glauben einigermaßen zu unterstützen, es könne auch schon vor der quaestio mota das Retentionsrecht geübt werden, scheint fr. 10 § 1 de rescind. vend. 18, 5 mindestens ebenso stark dawider zu sprechen:

emptor praediorum cum suspicaretur Numeriam et Semproniam controversiam moturas, pactus est cum venditore ut ex pretio aliqua summa apud se maneret, donec emptori fidejussor daretur a venditore.

„pactus est," also, scheint es, konnte er doch ohne Verabredung nichts zurückbehalten, am wenigsten das ganze Pretium, denn auch nach dem Pactum nur „aliqua summa apud eum manet." Also

ist quellengemäß die Retention wol nicht vor der quaestio mota zu gestatten.

Die Praxis der Gegenwart scheint nicht abgeneigt der Uebung des Retentionsrechts weiteren Umfang einzuräumen. Recipirt und richtig ist daß der Kläger die Retentionseinrede nicht damit zurückweisen kann, der wider den Beklagten von dem dritten Evincenten erhobene Anspruch sei unbegründet (Erk. d. O. H. G. zu Manheim, Seuffs. Arch. I. 49). Bedenklicher sind folgende Aeußerungen:

> Es genügt zur Begründung des Retentionsrechts, daß der Käufer mit einer Zueignungs- oder Pfand-Klage angegriffen oder bedroht ist. — (d. eben citirte Erk.)
>
> Wann eine Eviction als bedroht (sic) angesehen werden könne. Die Gesetze sprächen sich hierüber nicht klar aus..... Bei dieser Unbestimmtheit der Gesetze sei die Frage ob eine Eviction bedroht sei in jedem einzelnen Falle nach den vorliegenden Umständen und rechtlichen Verhältnissen zu ermessen. — (Erk. d. O. A. G. zu Darmstadt, Seuffs. Arch. XIII. 137).

Meines Erachtens ist ein Irrthum eingelaufen: quaestio mota ist nicht gleich der drohenden Eviction. Nach den Quellen ist die Retention auf die quaestio mota zu beschränken, und was unter q. m. zu verstehen, läßt sich haarscharf definiren, wogegen das Darmstädter O. A. Gericht allerdings darin recht haben dürfte, daß es schwer hält principmäßig zu entscheiden, wann Eviction drohe. Der Begriff ist vage, darum aber auch schlecht geeignet rechtliche Wirkungen von ihm abhängig zu machen. Dazu noch daß dasselbe Darmstädter Erkenntnis im einzelnen die Retention gestattet,

> α, wenn wegen der zu evincirenden Sache ein Rechtsstreit begonnen, β, wenn nur ernstlich von dem Evincirenden dem Käufer gegenüber ein Anspruch außergerichtlich geltend gemacht wurde, γ, [im concreten Falle auch wenn nur das Recht des Dritten bestehe] denn bestehe dasselbe, so lasse sich nach den localen Verhältnissen nicht erwarten, daß die berechtigte Gemeinde auf dasselbe verzichten werde.

Zu vergleichen hiemit ist ein Erkenntnis des O. A. G. zu Wiesbaden vom 29. 4. 1853 (Seuff. A. XIII 15), das auf

eine erweislich begründete Besorgnis der Entwährung

sehen will, und mehre Erkenntnisse des Celler O. A. G. In dem einen derselben, aus dem J. 1859, wird der Versuch gemacht ein Princip aufzustellen.

> Die Befugnis des Käufers bei drohender Eviction das Kaufgeld bis zu desfallsiger Sicherstellung zurückzuhalten ist jedenfalls dadurch bedingt, daß ein Dritter dem Käufer gegenüber Schritte gethan hat nach denen die gerichtliche Geltendmachung der Eigenthums- oder Pfandrechte an dem Kaufsobjecte mit einiger Bestimmtheit zu erwarten steht. (Seuffs. Arch. XIII 88.)

Auch hier wird von der „drohenden Eviction" ausgegangen, aber ein anderes Ziel erreicht, denn der sub γ, angeführten Entscheidung von Darmstadt kann Celle nicht beitreten, wenn es erfordert daß der „Dritte dem Käufer gegenüber Schritte gethan" habe. Aber auch dies Celler Princip ist ein schwankendes: wann ist anzunehmen daß die Geltendmachung des Rechts des Evincenten „mit einiger Bestimmtheit zu erwarten steht"?

Weiter geht scheinbar ein anderes Erkenntnis desselben Gerichts aus dem Jahr 1853 (Seuffs. A. XI 34):

> Es gehört zu den Verbindlichkeiten des Verkäufers die verkaufte Sache von den auf derselben haftenden, dem Käufer unbekannt gebliebenen Lasten zu befreien. Solange der Verkäufer dieser Verbindlichkeit nicht nachgekommen ist, kann von ihm eine Klage auf Zahlung des Kaufpreises mit Erfolg nicht angestellt werden.

Ohne jewelche Einschränkung besteht der erste Satz nicht zu Recht, dawider c. 3 de evict., fr. 57 pr. de evict., vgl. fr. 74 § 2 eod., fr. 30 § 1 de A. E. V.; er gilt nur unter besonderen Voraussetzungen:

wegen specieller Zusage;

falls die Lasten wider den Käufer gerichtlich geltend gemacht sind (Eviction);
falls Verkäufer dieselben beim Verkauf gekannt (Dolus);
auch falls dieselben vor der Tradition oder vor der Zahlung des Preises nur bekannt geworden? Es ist schon gezeigt daß diese letzte Annahme aus den Quellen so wenig sicher zu beweisen wie zu widerlegen ist. Wo diese besondern Voraussetzungen fehlen, dürfte der obige Satz überall nicht zu behaupten sein.

Ausführlicher aber nicht klarer bespricht ein drittes Celler Erkenntnis vom J. 54 (Seuff. A. IX. 142) dieselbe Frage:

> Der Verkäufer ist vermöge der dem Käufer zu prästirenden bona fides verpflichtet demselben die erheblichen Rechtsverhältnisse der verkauften Sache, welche sich nicht von selbst zeigen, bemerklich zu machen und zu erläutern, und eine nicht als fehlerhaft bezeichnete Sache fehlerfrei abzuliefern.

Danach müßte nach Tradition einer res obligata ohne weiteres wegen Nichterfüllung dieser Verpflichtung geklagt werden können, was nach den citirten Stellen nicht der Fall ist. Auch ist nicht abzusehen wie diese Anzeigepflicht aus der bona fides hervorgehen soll, wenn man dabei an Fälle denkt wo der Verkäufer die Lasten selbst nicht kannte; und abgesehen von diesen, ist die Frage in den Quellen direct entschieden. Aber die Celler Richter erfordern dies Wissen des Verkäufers auch nicht,

> diese Befugnis wird ohne Rücksicht auf den Dolus des Verkäufers schon dadurch begründet, daß derselbe die aus dem Kaufcontracte für ihn hervorgehende Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllt hat.

Aber während die Consequenz dahin führt, aus diesen Prämissen die Zulässigkeit der a. ex empto zu behaupten, geht das Celler Erkenntnis nur auf die Einbehaltung des Preises, da der Ausdruck „diese Befugnis" auch eben nur hierauf sich bezieht. Zudem, scheint es, habe die obige Motivirung selbst für das Retentionsrecht nicht recht ausreichen wollen, denn es wird daneben noch entwickelt wie

in einem solchen Falle bezüglich des Kaufobjects Eviction droht.

Hier liegen unklare Gedanken zu Grunde. Entweder der Verkäufer soll die Sache frei von unangezeigten Lasten tradiren, dann kann ihn die Tradition der belasteten Sache nimmer befreien, er ist wegen bestehender Lasten nach der Tradition stets in Anspruch zu nehmen, mag Eviction drohen oder nicht. Oder aber der Verkäufer ist mit Klagen oder Exceptionen in Anspruch zu nehmen nur im Fall „drohender Eviction," dann kann ihn die Tradition auch der belasteten Sache befreien, wofern nur aus der Last nie eine „drohende Eviction" hervorgeht. Hiernach aber wäre das nicht wahr, daß der Verkäufer verpflichtet ist die „nicht als fehlerhaft bezeichnete Sache fehlerfrei zu liefern." — Beiläufig bemerkt, stehen die beiden älteren Celler Erkenntnisse mit dem aus dem J. 59 nicht im Einklang, da in beiden nicht darauf gesehen wird welche Schritte der Dritte, Evincent, dem Käufer gegenüber bereits gethan hat.

Das Resultat: nach den Quellen gebührt dem Käufer das Retentionsrecht erweislich erst mit der quaestio mota, d. h. nicht vor Einleitung des Evictionsprocesses wider ihn; die Praxis aber, wahrscheinlich aus einem auch ganz begreiflichen Billigkeitsgefühl, mag sich hieran nicht genügen lassen, sie erweitert die Berechtigungen des Käufers, indem sie der „quaestio mota" die „drohende Eviction" oder ähnliches substituirt, ohne doch von hieraus eine feste Grenzlinie auffinden zu können, daher die einzelnen Entscheidungen einander widersprechen.

Bei dieser Sachlage mag ein Vorschlag gestattet sein: dem Käufer das Retentionsrecht schon dann zu geben, wenn er selber provocatorisch wider einen Dritten eventuellen Evincenten klagt. Vom Standpunkte des heutigen Processes läßt sich diese analoge Erweiterung der „quaestio mota" rechtfertigen, während andererseits dem in der Praxis sich kundgebenden Bedürfnis hiemit genüge geschehen dürfte.

Der Umfang des Retentionsrechts kann in Frage kommen wenn der Werth der evincirten Sache das Kaufpretium nicht erreicht, oder

wenn nur ein Theil evincirt oder ein jus in re aliena wider den Käufer durchgesetzt wäre. Aus unserer Auffassung, die Retention als Folge der exc. non adimpleti contractus zu betrachten, ergiebt sich daß der Käufer stets alles retiniren kann was er noch nicht gezahlt hat. Ein directer Beweis wird dafür aus den Quellen schwer zu führen sein; man könnte etwa auf c. 5 und c. 24 de evict. sich beziehen, vielleicht noch auf fr. 29 pr. de evict., denn danach kann das pretium ganz retinirt werden, ohne Unterschied ob der Käufer weniger dem Evincenten gegeben um sich im Besitz zu behaupten. Aber auch ein Gegenbeweis ist nicht zu erbringen: wird im fr. 10 § 1 de rescind. vend. 18, 5 vertragsweise nur „aliqua summa ex pretio" retinirt, so hat dies seinen Grund darin daß der Käufer ohne Vertrag zu retiniren überhaupt nicht berechtigt war. Ausdrücklich ist die Uebereinstimmung mit unserer Auffassung ausgesprochen in einem Erkenntnis des O. A. G. zu Celle (Seuff. A. XI 34):

> Die Einrede der Retention, welche sich auf das Dasein von hypothekarischen Ansprüchen bezüglich des Kaufobjects stützt, ist nicht auf den diese Ansprüche ausgleichenden Theil des Kaufpreises beschränkt.

Nicht im Widerspruch steht das Manheimer Erkenntnis (S. A. I 49):

> Wenn der Käufer mittels eines Vertrags mehrere Liegenschaften erworben hat, und nur mit der Entwährung einzelner derselben bedroht ist, so kann er nur den entsprechenden Theil des Kaufschillings zurückbehalten;

weil hier der eine Vertrag nach fr. 72 de evict. doch als Complex mehrer einzelner Kaufgeschäfte zu betrachten ist („evictionum tot actiones sunt quot et species rerum sunt"). Abweichend dagegen ist ein Erkenntnis des O. A. G. zu Dresden v. 15/6 1854 Ztschr. f. Rpfl. u. Verw. in Sachs., N. F. Bd. XIII Nr. 182 das bei nur partieller Entwährung, namentlich wo keine ablatio rei statt hat, die Retentionseinrede nicht als exc. non adimpl., sondern unter Bezugnahme auf fr. 61 de aed. ed. 21, 1 gleichsam als exceptio quanti minoris erfaßt.

Neben dem Retentionsrechte ist noch eines Repetitionsrechts Erwähnung zu thun. Dies bespricht am ausführlichsten Ulpian

fr. 13 § 9 de A. E. V. 19, 1: unde quaeritur si pars sit pretii soluta et res tradita postea evicta sit, utrum ejus rei consequatur pretium integrum ex empto agens, an vero quod numeravit? et puto magis id quod numeravit, propter doli exceptionem.

Völlig klar ist die Stelle nicht. Wer mochte zu Ulpians Zeiten meinen, daß wenn Käufer $^{1}/_{12}$ des Preises angezahlt hätte, er nach geschehener Eviction den ganzen Preis, das zwölffache von dem was er gezahlt, vom Verkäufer fordern könnte? und was soll schließlich die Berufung auf die exc. doli erklären? hatte wirklich nach jus strictum der Käufer ex empto den Anspruch auf das ganze pretium, der nur durch diese exceptio doli als Dienerin der Billigkeit in Maß und Schranken gehalten wurde?

§ 26. Endlich ist noch des Anspruchs auf Cautionsleistung wegen drohender Eviction zu gedenken.

Zu unterscheiden ist im Römischen Recht die Verpflichtung zur nuda repromissio und die zur satisdatio. Jene liegt jedem Verkäufer werthvoller Sachen ob:

fr. 2, fr. 37 pr. § 1 de evict.: ... de his rebus quae pretiosiores essent;

diese tritt nur unter besonderen Voraussetzungen auf:

fr. 4 pr., fr. 37 pr. fr. 56 pr. eod. — cf. fr. 21 § 3, 35, 57, 74 § 2 eod.

Wie beim Kauf scheint bei den Obligationen ad dandum eine Verpflichtung zur Bestellung der einfachen Caution bestanden zu haben:

fr. 131 § 1 de V. O. 45, 1,
fr. 27 de solut. 46, 3: ... si jus quoddam cautionis supererit.

Die besondern Voraussetzungen der zu fordernden Realcaution sind: *α*, specielle Zusage, „si hoc nominatim actum est“ fr. 4 pr. de evict.;

β, Dolus, der Verkäufer kennt und verschweigt das Recht des Dritten eventuellen Evincenten dem Käufer. der auch sonst nicht darum weiß. Der Käufer kann klagen auf sein ganzes Interesse, „quanti mea intersit [rem] meam esse factam" fr. 30 § 1 de A. E. V. 19, 1, also zweifellos auf Cautionsstellung;

γ, verknüpft sich die Cautionsforderung mit dem im vorigen Paragraphen besprochenen Retentionsrecht, das überall seine Schranken darin findet,

> si fidejussores idonei a venditore ejus evictionis offerantur
>
> fr. 13 § 1 de per. et comm. r. v. 18, 6, c. 24 de evict. 8, 45,
>
> cfr. fr. 10 § 1 de resc. vend. 18, 5.

Ob die Satisdation eine freiwillige oder geschuldete, ist bei den im fr. 40, im fr. 41 § 2 de evict. referirten Fällen nicht ersichtlich.

Die duplae stipulatio ist heut zu Tage aus dem Gebrauch, richtiger in Deutschland nie in den Gebrauch gekommen. Sonach kann von der Verpflichtung zur nuda repromissio bei uns keine Rede sein; dagegen gelten die Römischen Vorschriften über die Realcaution im wesentlichen noch jetzt unverändert. Ein Erkenntnis des O. A. G. zu Kiel vom 3/9 45 (Seuff. A. VII 164) nennt als die einzigen Gründe in Beziehung auf eine blos zu besorgende Eviction Sicherheitsleistung zu fordern: besondern Vertrag, Retentionsbefugnis, wissentliches Verschweigen der dem Käufer unbekannten Lasten.

Diese scientia rei alienae anlangend führt ein Erkenntnis des O. A. G. zu Oldenburg (Seuff. A. I 200) aus, daß dieselbe nicht „volle Ueberzeugung des Verkäufers von seinem Nichteigenthum bedinge," sondern daß dazu genüge „wenn ihm zur Zeit des Verkaufs Umstände bekannt waren, die ihn über sein Eigenthum und seine Dispositionsbefugnis zweifelhaft machen mußten." Da hier nicht sowol Specialgesetze als Folgerungen aus dem den Kauf beherrschenden Wesen der bona fides zu Grunde liegen, dürfte dawider nichts erhebliches zu sagen sein.

Mehr Zweifel knüpfen sich an die mit dem Retentionsrecht

concurrirende Cautionsforderung. So fragt sich, hat der Käufer electiv das Recht zu retiniren oder Caution zu fordern, oder hat er vielmehr ausschließlich das Retentionsrecht, das der Verkäufer durch das lediglich von seinem Belieben abhängige Anerbieten einer Realcaution beseitigen kann? Das erste scheint die Meinung des O. A. G. zu Wiesbaden zu sein (Erk. v. 29/4 53, Seuff. A. XIII 15):

> Es ist der Käufer, so lange der Kaufpreis noch nicht bezahlt ist, zur Sicherung seines Interesses berechtigt Caution vom Verkäufer zu verlangen, wenn über das Eigenthum des verkauften Gegenstandes Streit entsteht.

Dem entgegen ein Erkenntnis des O. A. G. zu Darmstadt aus dem Jahr 1859 (Seuff. A. XIII 137):

> Die Sicherheit zu verlangen liege nicht in der Pflicht des Käufers, sondern der Verkäufer habe das Recht mit der Caution die Einrede der Eviction zu entfernen, es bilde dieses auf dessen Seite eine Replik.

Quellengemäß ist nur diese letzte Ansicht, was umsomehr zu beachten, als das Wiesbadener Erkenntnis unmittelbar auf die Quellen

> fr. 18 § 1 de per. et comm. r. v. 18, 6
> c. 24 de evict. 8, 45

sich beruft. Der richtigen Auffassung scheint auch ein Celler O. A. G.-Erkenntnis (v. 12/1 59, Seuff. A. XIII 88) zu entsprechen.

Eine alte Controverse, ob die zu stellende Caution nur auf die eben drohende Eviction, oder auf jede denkbare sich beziehen müsse. Da kein innerer Grund vorhanden, wenn eine a. pignoraticia oder a. confessoria wider den Besitzer angestrengt ist, den Auctor auch zur Cautionsstellung wegen jeder anderen an sich möglichen, doch zur Zeit noch in keiner Weise abzusehenden Entwährung zu verpflichten, so wird man bei der Entscheidung des fr. 18 § 1 cit.:

> fidejussores idonei a venditore ejus evictionis offerantur,

sich beruhigen dürfen.

Betreffs der Voraussetzungen dieser Cautionsforderung herrscht dieselbe Ungewisheit wie bei dem Retentionsrecht; daher auf den

§ 25 zu verweisen ist. Dazu noch folgendes. Unser heutiges Recht kennt die Möglichkeit die auf einer Sache ruhenden Lasten allgemein kenntlich zu machen, wozu die Römischen Rechtsinstitute nicht ausreichten. Man denke an protokollirte, und an die in Grund- und Hypothekenbücher eingetragenen Belastungen. Auf die Behandlung solcher h. z. T. öffentlich bekannter Lasten dürfen die Regeln des Römischen Rechts nicht ohne weiteres angewandt werden; insbesondere wäre es willkürlich was für die Römische hypotheca gesagt ist auf die Hypotheken des modernen Rechts zu übertragen.

Das schon erwähnte Kieler O.A.G.-Erkenntnis (S. A. VII 164) hält sich dem Römischen Recht nahe:

„Kläger habe seine Klage lediglich darauf gestützt, daß auf der Stelle annoch Forderungen dritter Personen protokollirt ständen deren Existenz der Verkäufer nicht angezeigt habe." Da aber daraus keine Ansprüche wider den Käufer erhoben seien, überhaupt zur Zeit ein wirklicher Schaden für ihn nicht entstanden, auch keine Gründe abzusehen warum die Grundsätze des Römischen Rechts über Eviction durch das Protokollwesen antiquirt sein sollten, so weist das Gericht die Klage ab, als zur Zeit unbegründet.

Zur richtigen Würdigung dieses Erkenntnisses muß beachtet werden was darin über die Bedeutung der Protokollation gesagt ist:

> Auch kann aus der bisher unterbliebenen Delirung der fraglichen Urkunde im Schuld- und Pfandprotokoll auf die wirkliche Existenz aller in derselben den XX. zugesicherten Leistungen mit Bestimmtheit nicht geschlossen werden, weil die Protokollation an und für sich keine selbständigen Rechte verleiht, sondern nur insofern von Wichtigkeit ist, als das durch dieselbe gesicherte Forderungsrecht nicht bereits anderweitig erloschen ist.

Nach den gleichfalls schon angeführten Erkenntnissen des O.A.G. zu Celle (Seuff. A. IX 142, u. XI 34) scheint dies Gericht dagegen eine allgemeine Anzeigepflicht des Verkäufers, ohne Rücksicht auf etwaigen Dolus, anzunehmen, und wegen unangezeigter Lasten

allgemein dem Käufer Retentionsrecht und Cautionsforderung zu geben. Daß dies als Reproduction des Römischen Rechts und betreffs der diesem Rechte schon bekannt gewesenen Lasten nicht ganz richtig ist, wurde oben ausgeführt.

Anders bei den Hypotheken im modernen Sinn. Präſtiren soll der Verkäufer das habere licere; daß Pfandrechte Römischer Art auf der Sache liegen stört dem Käufer das habere nicht, so lange nur die pignoraticia in rem a. unterbleibt. Auch im Verkauf ist er kaum beschränkt; denn niemand sieht der Sache an, welche Pfandrechte daran haften; kurzum bis die Pfandgläubiger sich regen, steht dieser Käufer wenig schlechter als wenn die Sache pfandfrei übergeben wäre. Wo aber Pfandrechte durch das Hypothekenbuch Publicität erlangt haben, da ist das habere kein freies unbeschränktes. Denn zum habere gehört die Disposition über die Sache, darin die Möglichkeit der Veräußerung; die mit (modernen) Hypotheken beschwerte Sache aber ist nicht anders zu veräußern, als unter Abrechnung dieser Beschwerungen vom Werth. Es kann also nicht unbillig erscheinen wegen der Existenz von Hypotheken dieser Art dem Käufer wider den Verkäufer eine Klage zu geben, weil dieser was er zu leisten schuldig (ut habere liceat) nicht geleistet.

Diese Klage mag auf Löschung der Hypotheken gerichtet werden, doch wird man nach Analogie des Retentionsrechts wider dieselbe auch die Einrede zulassen, daß Beklagter erbötig „idonea cautio“ gegen die eventuelle Durchführung der Hypotheken zu stellen, da Käufer hiedurch alles erhält was er zu fordern berechtigt ist, die Sicherheit zu behalten, „quanti interest ejus rem habere licere.“

In der Praxis wird selten nach diesen Grundsätzen zu verfahren sein, darum zunächst weil nicht leicht ein Verkäufer mit den auf dem verkauften Grundstück ruhenden in das Hypothekenbuch eingetragenen Lasten unbekannt bleiben dürfte, und unter dieser Voraussetzung, und falls er dieselben nicht dem Käufer angezeigt hätte, schon wegen Dolus zu belangen wäre. Man könnte aber noch einen andern Standpunkt einnehmen, die in das Hypothekenbuch eingetragenen Rechte als auch dem Käufer bekannt voraus-

setzen, und darum diesem den Regreß versagen. So der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs für Baiern II 2. S. 300:

> Auf die Unkenntnis der zur Zeit des Kaufabschlusses im Grund- und Hypothekenbuche befindlichen Einträge. . . . kann sich der Käufer nicht berufen, ausgenommen wenn ihn der Verkäufer hinsichtlich des eingetragenen geteuscht, oder ihm ausdrücklich die Freiheit von Dienstbarkeiten oder andern Belastungen der Sache zugesichert hat.

Bei den mannigfaltigen Schattirungen des Hypothekenrechts in den verschiedenen Deutschen Ländern ist es bedenklich diesen Satz als gemeingültigen zu vertheidigen. Dagegen wird über den Dolus des Verkäufers, der ihm bekannte eingetragene Lasten nicht angiebt, überall kein Zweifel bestehen, und Fälle, wo die eingetragenen Lasten ihm unbekannt geblieben, werden stets zu den Seltenheiten zählen.

Daß das Dasein eingetragener Hypotheken als Störung des habere licere, abgesehen vom Dolus des Verkäufers, den Regreß begründet, möchte also vornehmlich da hervortreten, wo die Eintragung derselben dem Kaufabschluß folgt; man denke an Fälle in welchen die Berichtigung des s. g. Besitztitels aus irgend welchen Gründen nicht sogleich nach abgeschlossenem Kaufe erfolgt ist.

IX.

Ueber die reivindicatio utilis.

Von Dr. Kindervater.

Es findet sich in unseren Quellen eine Anzahl vereinzelter Fälle, in welchen dem Richteigenthümer eine reivindicatio utilis an Stelle einer persönlichen Klage gewährt wird. Dieselben lassen sich in folgender Weise zusammenstellen:

1) die reivindicatio utilis des Schenkers auf den geschenkten Gegenstand bei Richterfüllung der Alimentenauflage, l. 1 C. de don. quae sub modo (8, 55);
2) die reivindicatio utilis auf die Brautgeschenke beim Rücktritt des beschenkten Verlobten, l. 15 C. de don. a. n. (5, 3), cf. l. 2 C. Theod. de spons. (3, 5);
3) die reivindicatio utilis auf das mortis causa Geschenkte in Folge geschehenen Widerrufs, l. 39 D. de m. c. don. (39, 6);
4) die reivindicatio utilis der Frau auf die dos nach Auflösung der Ehe, l. 30 C. de J. D. (5, 12);
5) die reivindicatio utilis des Eigenthümers auf die von einem Andern bemalte Tafel, l. 9 § 2 D. de acqu. rer. dom. (41, 1), § 34 J. de R. D. (2, 1), cf. l. 23 § 3 D. de R. V. (6, 1);
6) die reivindicatio utilis des Eigenthümers auf den auf fremden Boden verpflanzten Baum, l. 5 § 3 D. de R. V. (6, 1), cf. l. 9 § 2 D. de dam. inf (39, 2);

7) die reivindicatio utilis des einen Ehegatten auf den aus dem geschenkten Gegenstande durch Specification des anderen Ehegatten entstandenen neuen, l. 30 D. de don. i. v. et ux. (24, 1);
8) die reivindicatio utilis des einen Ehegatten auf die mit dem geschenkten Gelde vom anderen angeschafften Sachen, l. 55 D. de don. i. v. et u. (24, 1);
9) die reivindicatio utilis des Soldaten auf die mit seinem Gelde von seinem Geschäftsführer gekauften Sachen, l. 3 C. de R. V. (3, 32);
10) die reivindicatio utilis des Mündels auf die mit seinem Gelde vom Vormund gekauften Sachen, l. 2 D. quando ex facto (26, 9).

Der singuläre Charakter dieser reivindicatio ist unverkennbar, und unsere Quellen heben denselben auch ausdrücklich hervor. So heißt es in der l. 8 C. de R. V. (3, 32): si, ut proponis, pars diversa pecunia tua quaedam nomine suo comparavit, praeses provinciae, utilem vindicationem obtentu militiae tibi eo nomine impertiri desideranti, partes aequitatis non negabit. Den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zufolge werden wir daher eine analoge Anwendung der reivindicatio utilis auf andere als die in unseren Quellen ausdrücklich erwähnten Fälle nicht zulassen dürfen. Aber selbst für letztere läßt sich ein allgemeines Prinzip nicht aufstellen, es müssen vielmehr die Fälle unter No. 1—7 von denen unter No. 8—10 geschieden werden.

Eine Theorie der reivindicatio utilis hat neuerdings Jhering aufgestellt.[1] Das Resultat seiner Untersuchung sind folgende Sätze:
1) Die reivindicatio utilis ist eine auf Uebertragung des Eigenthums gerichtete Klage.[2]
2) Sie ist auf die Eigenthumsübertragung entweder schlechthin oder nur eventuell gerichtet.[3]

1) Jhering in seinen und Gerbers Jahrbüchern I S. 120—176.
2) a. a. O. S. 158.
3) S. 160.

3) Sie ist nur gegen den zur Eigenthumsübertragung (schlechthin oder eventuell) verpflichteten Eigenthümer gerichtet.[4]
4) Sie bezweckt nur die Verstärkung oder Steigerung einer persönlichen Klage.[5]
5) Sie ist eine auf die einzelnen gesetzlichen Fälle beschränkte, privilegirte Form der Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs.[6]

Einen Anhänger hat diese Theorie in Jacobi[7] gefunden. Derselbe spricht sich nämlich dahin aus: insbesondere dient die Vindicationsklage (reivindicatio utilis) auch zur Geltendmachung persönlicher Ansprüche (gegen eine im Voraus bestimmte Person). . . . In diesen Fällen ist die reivindicatio utilis eben nur zur Verstärkung und Steigerung einer condictio gegeben. Diese Verstärkung und das praktische Interesse der Verleihung einer reivindicatio utilis besteht einfach darin, daß das Petitum auf Herausgabe der Sache selbst — im Fall der Contumaz mit juramentum in litem, später mit Realexecution — gerichtet werden konnte, während die condictio nur auf den Geldwerth (quanti res est) auch der noch vorhandenen Sachen ging.[8]

Für einige Fälle hat auch Windscheid Iherings Ansicht adoptirt. In den Fällen der l. 9 § 2 D. de acq. rer. dom. (41, 1), l. 5 § 3 D. de R. V. (6, 1) und der l. 55 D. de don. i. v. et u. (24, 1) glaubt er nämlich, daß die reivindicatio utilis dem Nichteigenthümer nur gegen denjenigen gegeben werde, gegen den er einen obligatorischen Anspruch habe, mit andern Worten, daß ihm nur diesem gegenüber die Befugniß gegeben werde, als Eigenthümer aufzutreten, so daß diese Befugniß hier nichts sei, als eine besondere Gestaltung seines obligatorischen Anspruchs; in Betreff aller

---

4) S. 161.
5) S. 168.
6) S. 175.
7) D. Rechtsbegriff d. Bereicherung, in Iherings und Gerbers Jb. IV. S. 159 f.
8) a. a. O. S. 230 Anm. 82.

übrigen Fälle gesteht er, daß Iherings Ausführungen nicht vermocht hätten, ihm eine sichere Ueberzeugung davon zu geben, daß auch hier die reivindicatio utilis dem Nichteigenthümer in dieser beschränkten Bedeutung zugesprochen werde und daß sie nicht als Ausdruck des Uebergangs des vollen Rechts, wie die utilis reivindicatio des bonitarischen Eigenthümers zu fassen sei.[9] Gegen die ganze Ansicht Iherings hat sich entschieden Arndts ausgesprochen: „Ihering macht aus der reivindicatio utilis . . . ein eigenthümliches Zwitterding von persönlicher und dinglicher Klage, eine verstärkte oder gesteigerte persönliche Klage gegen den Eigenthümer auf Uebertragung des Eigenthums. Aber diese neue Theorie der utilis reivindicatio scheint mir weder quellenmäßig begründet noch an sich beifallswürdig."[10] Sämmtliche von Ihering aufgestellte Sätze sind meiner Ansicht nach bis auf den einen, daß die reivindicatio utilis auf die einzelnen gesetzlichen Fälle zu beschränken sei, falsch. Die reivindicatio utilis ist nicht als eine privilegirte Form der Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs anzusehen, sondern als eine dingliche Klage, die ihren Grund in einem fingirten Eigenthümer hat und ganz denselben Grundsätzen unterliegt wie die reivindicatio directa. Ehe ich zur Begründung dieser Ansicht selbst übergehe, möge es mir gestattet sein, zunächst die Unhaltbarkeit der Theorie Iherings nachzuweisen.

Schon von vornherein muß es auffallen, daß die Römer eine Klage, welche sie ausdrücklich mit dem Namen einer reivindicatio, einer actio in rem belegen und damit als dingliche charakterisiren, nur was den Concurs und das juramentum in litem betrifft, als solche, in allen übrigen Beziehungen aber als eine persönliche behandelt haben sollten. Sollte eine solche Abweichung hier wirklich vorliegen, so müßten unsere Quellen dieselbe ausdrücklich erwähnen. Ihering behauptet dies auch wirklich; allein wir werden sogleich sehen, daß dies nicht allein nicht der Fall ist, sondern daß sie sogar

9) Die Actio des römischen Civilrechts S. 215. 217.

10) Lehrbuch der Pandecten § 145 Anm. 3, 4te Ausg.

das Gegentheil enthalten. Zunächst und hauptsächlich stützt sich Ihering auf die l. 1 C. de don. quae sub modo (8, 55),[11] in welcher eine Legaldefinition der reivindicatio utilis enthalten sein soll. Während das Ziel der reivindicatio directa Anerkennung des klägerischen Eigenthums ist, soll das der reivindicatio utilis Rückübertragung des Eigenthums auf den Kläger sein. Dies werde ausdrücklich ausgesprochen in den Worten: i. e. actionem, qua dominium pristinum tibi restituatur. Gegen diese Auffassung ist bereits von Windscheid (a. a. O. S. 217) geltend gemacht, daß auch die dem Schenker zustehende condictio eine Klage auf Rückübertragung des Eigenthums ist, während die angegebenen Worte doch gerade die Eigenthümlichkeit der utilis reivindicatio im Gegensatze zu der condictio zu bezeichnen bestimmt sind; ferner daß der Ausdruck restituere dominium statt restituere rem, von der Partei gebraucht, auf jeden Fall ungewöhnlich ist, und von der Wiederherstellung eines Rechts regelmäßig nur da gesprochen wird, wo sie durch den Magistrat erfolgt. Diese beiden Gründe genügen um die Iheringsche Interpretation der l. 1 cit. über den Haufen zu werfen. Eine Legaldefinition kann um so weniger in den Worten i. e. actionem, qua dominium pristinum tibi restituatur gefunden werden, als sie auf manche Fälle der reivindicatio utilis gar nicht paßte. Denn wie kann bei der reivindicatio utilis des Soldaten oder Mündels auf die mit ihrem Gelde von ihrem Geschäftsführer resp. Vormund angeschafften Sachen von einem dominium pristinum restituere die Rede sein, da sie Eigenthümer derselben noch nicht gewesen sind?

Der obligatorische Charakter der reivindicatio utilis soll sich nach Ihering auch darin zeigen, daß sie niemals gegen Dritte an-

11) Si doceas, ut affirmas, nepti tuae ea lege esse donatum a te, ut certa tibi alimenta praeberet, vindicationem etiam in hoc casu utilem, eo quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, i. e. actionem, qua dominium pristinum tibi restituatur. Nam condictio quidem tibi in hoc casu, i. e. in personam actio, jure procedit, verum vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt.

gestellt werden könne. Zum Beweise hierfür beruft sich Ihering namentlich auf die l. 6 C. de servo pign. dato man. (7, 8), welche also lautet: Si tutor tuus de pecunia tua servos emtos manumisit, quoniam hujusmodi servi, sicut ceterae res pupillaribus pecuniis emptae, jure pignoris ex constitutione divorum parentum meorum obligati sunt, favore pupillorum liberi facti non sunt. Er argumentirt also: ginge die reivindicatio utilis auch gegen die Singularsuccessoren im Eigenthume, so hätte der Kaiser in der l. 6 cit. den Impetranten nicht auf das Pfandrecht sondern auf jene verweisen müssen.[12] Die reivindicatio utilis kann der Mündel erst nach beendigter Vormundschaft anstellen, und Ihering hätte daher zunächst nachweisen müssen, daß sich unsere Stelle auf diesen Zeitpunkt beziehe. Diesen Nachweis ist Ihering schuldig geblieben, auch scheint die entgegengesetzte Meinung Windscheids[13] die allein richtige zu sein. Bezieht sich aber die l. 6 auf die Zeit vor beendigter Vormundschaft, so beweist sie für Iherings Meinung natürlich gar nichts. Ueberhaupt muß es bedenklich erscheinen, gerade in unserem Falle aus dem Uebergehen der reivindicatio utilis ein Argument für die Unanwendbarkeit derselben zu entnehmen. Die l. 6 cit. enthält ein Rescript des Kaisers Alexander und es ist ein bekannter Grundsatz, daß man bei der Interpretation von Rescripten ganz genau auf die thatsächlichen Momente, welche denselben zu Grunde liegen, zu achten hat. Wahrscheinlich kam es nun dem Impetranten im vorliegenden Falle nur darauf an, vom Kaiser Gewißheit wegen seines Pfandrechts zu erlangen; aber selbst wenn man dies nicht zugeben will, so läßt sich die Annahme rechtfertigen, daß der Kaiser die reivindicatio utilis in seinem Rescripte zwar erwähnt habe, dieser Passus aber später fortgeblieben sei, da unser Titel nur de servo pignori dato manumisso handeln sollte.

Vollständig widerlegt wird Iherings Ansicht durch die l. 30 C.

12) a. a. O. S. 166.
13) a. a. O. S. 218.

de J. D. (5, 12), in welcher die Richtung der reivindicatio utilis gegen Dritte bestimmt vorausgesetzt wird. Es heißt daselbst: omnis autem temporalis exceptio sive per usucapionem inducta, sive per decem sive per viginti annorum curricula sive per triginta vel quadraginta annorum metas sive ex alio quocunque tempore majore vel minore introducta, mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possint actiones movere. „Der Pfandklage aber kann die Usucapion, welche in dieser Stelle von der longi temporis praescriptio ausdrücklich unterschieden wird, nicht entgegengesetzt werden, und der im Besitz der dos bleibende Mann kann nicht usucapiren; sie setzt also eine Eigenthumsklage gegen dritte Besitzer voraus."[14]

Ihering will ferner der reivindicatio utilis in den Fällen 4—8 nur eine eventuelle, indirecte Function zuschreiben, d. h. die Verurtheilung zur Herausgabe der Sache soll erst dann erfolgen, wenn der Beklagte nicht bereit und im Stande ist, eine Geldleistung, zu der er dem Kläger verpflichtet ist, zu beschaffen.[15] Auch diese Ansicht ist mit Ausnahme eines Falles in den Quellen nicht begründet. In der l. 30 C. de J. D. gewährt Justinian der Frau die reivindicatio utilis auf ihre Dotalsachen sive aestimatae sive inaestimatae sint. Die Schätzung (aestimatio) der Dotalsachen kann entweder die Bedeutung haben, daß die Summe derselben den eigentlichen Gegenstand der dos bilden (res venditionis gratia aestimatae) oder die, daß dieselbe nur die Feststellung des gegenwärtigen Werths bezwecken soll (res taxationis gratia aestimatae). Bei der letzteren Art hat die Frau die Wahl, utrum malit petere rem aestimationemve.[16] Im Zweifel hat man jedenfalls die erstere Bedeutung

---

14) Windscheid a. a. O. S. 218.

15) a. a. O. S. 160.

16) l. 10 § 6 D. de J. D. 23, 3. Si res in dotem datae fuerint, quamvis aestimatae, verum convenerit, ut aut aestimatio aut res praestentur, si quidem fuerit adjectum: „utrum mulier velit, ipsa eliget," utrum malit petere rem aestimationemve.

anzunehmen und Ihering zögert auch keinen Augenblick, dies im vorliegenden Falle zu thun. Demnach müßte der Rückfall des Eigenthums auch für sie gelten. „Welche Abnormität!" sagt Ihering, „die Vereinbarung der Parteien ist gerade darauf gerichtet, daß die Frau die Sachen nicht zurückerhalten soll, sondern statt deren die Anschlagssumme. Man nehme nun an, daß die Sachen jetzt z. B. den dreifach höheren Werth haben, als den sie zur Zeit der Bestellung der dos hatten und zu dem sie dem Manne angesetzt sind. Daß hier letzterem, oder im Fall des Concurses, seinen Gläubigern nicht das Recht zustehen sollte, die Frau mit der angesetzten Summe abzufinden, statt die Sachen herauszugeben, wird hoffentlich Niemandem zweifelhaft sein." Um daher zu keinem widersinnigen Resultate zu gelangen, glaubt Ihering der reivindicatio utilis hier die s. g. eventuelle Function beilegen zu müssen. Allein welche Gründe liegen vor, daß wir hier unter den res aestimatae gerade die res venditionis gratia aestimatae verstehen sollen? Im Zweifel freilich würde dies geschehen müssen, allein hier kann kein Zweifel obwalten, da nach dem ganzen Inhalt der l. 30 cit. die res aestimatae sich nur auf die res taxationis gratia aestimatae beziehen können. Das Eigenthum an den Dotalsachen geht legum subtilitate auf den Mann über; gegen diesen Rechtssatz will Justinian die Frau schützen und gewährt ihr deshalb eine reivindicatio utilis. Bei den res venditionis gratia aestimatae erfolgt der Eigenthumsübergang nicht legum subtilitate sondern in Folge freier Uebereinkunft der Parteien. Hiergegen die Frau zu schützen, lag nicht in Justinians Absicht, und wenn wir nicht annehmen wollen, daß derselbe mit seinen eigenen Worten in Widerspruch trete, so können wir unter den res aestimatae nur die taxationis gratia aestimatae verstehen. Damit aber fallen die Bedenken Iherings fort, sowie die Annahme der eventuellen Function der reivindicatio utilis.

Ein zweiter Fall betrifft die Schenkung unter Ehegatten. Die l. 55 D. de don. i. v. et u. (24, 1) bestimmt: Uxor marito suo pecuniam donavit, maritus ex pecunia sibi donata aut

mobilem aut soli rem comparavit, solvendo non est, et res exstant; quaero si mulier revocet donationem an utiliter condicticia experiatur — videtur enim maritus, quamvis solvendo non sit, ex donatione locupletior effectus, quum pecunia mulieris res comparata exstet? Respondi: locupletiorem esse ex donatione negari non potest; non enim quaerimus, quid deducto aere alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat; solo enim separatur hic ab eo, cui res donata est, quod ibi res mulieris permanet et directo vindicare potest; et erit deterior causa viri, si ei pecunia, quatenus res valet, non ultra id tamen quod donatum est, condicatur, quam si dotis judicio conveniatur. Sed nihil prohibet, etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accommodare. Ihering ist der Ansicht, daß die in rem actio den Gläubigern nur die Alternative stelle, ob sie die Geldforderung befriedigen oder die Sache herausgeben wollen, denn „wenn man annehme, der Beschenkte habe für das Geld Kure gekauft, die um das Zehn- und Mehrfache gestiegen seien, so sei es unmöglich, daß der Schenker gerade da, wo das Recht am wenigsten Veranlassung hätte, ihm einen Gewinn zuzuwenden, nämlich im Concurse des Schuldners, auf Kosten der übrigen Gläubiger das Zehnfache von dem in Anspruch nehmen könne."[17] Dieses Bedenken erledigt sich sehr leicht. Die Frau kann nur condiciren, quatenus res valet, non ultra tamen quam quod donatum est. Stellt sie die reivindicatio utilis an, so wird sie auch mit dieser nicht mehr erhalten, da der Beklagte excipiendo geltend machen kann, daß sie ihm den Mehrbetrag herauszahle. Diese exceptio doli wird in einem ähnlichen Falle[18] ausdrücklich erwähnt und es kann gewiß keinem Bedenken unterliegen, sie auch hier zur Anwendung zu bringen. Somit ist kein Grund vorhanden, der reivindicatio utilis im vorliegenden Falle eine andere Function als die gewöhnliche zuzuschreiben.

---

17) a. a. O. S. 134. 136.
18) l. 9 § 2 D. de acq. rer. dom. (41, 1).

Da wir bei dieser Gelegenheit auf die exceptio doli gekommen sind, so möge es gestattet sein, mit Hülfe derselben ein anderes Argument zu widerlegen, welches namentlich auch Windscheid für den obligatorischen Charakter der reivindicatio utilis in der l. 55 cit. zu finden glaubt. Windscheid nämlich will die reivindicatio utilis auf die Person des Mannes beschränken, weil die Frau, wenn ihr gegen Dritte zu klagen gestattet wäre, leicht mehr erhalten könnte, als sie geschenkt habe.[19] Allein klagt die Frau gegen Dritte, so sind diese nach allgemeinen prozessualischen Grundsätzen verpflichtet, dem Manne litem zu denuntiiren und letzterer kann dann der Frau die exceptio doli entgegensetzen, welche wir soeben erwähnt haben. — Auch im Falle der l. 5 § 3 D. de R. V. (6, 1) nimmt Ihering die eventuelle Function der reivindicatio utilis, freilich etwas schüchtern, an. Er thut dies namentlich, um so den Widerspruch dieser Stelle mit der l. 9 § 2 D. de damno inf. (39, 2) in erträglicher Weise zu beseitigen. Ein solcher Widerspruch ist aber meiner Ansicht nach gar nicht vorhanden. Der Eigenthümer eines Baumes, der in fremdem Boden Wurzeln schlägt, verliert dadurch sein Eigenthum an demselben, denn wie Paullus sagt: credibile est, alio terrae alimento aliam factam.[20] Aus diesem Grunde heißt es ganz richtig: nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit.[21] Die entgegengesetzte Ansicht scheint von Varus und Nerva vertreten zu sein, denn Ulpian berichtet in der l. 5 § 3 D. de R. V. (6, 1) de arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit. Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant; nam si nondum coaluit, mea esse non desinet. Wenn Jemandem die reivindicatio abgesprochen wird, so bedeutet dies nach römischem Sprachgebrauch, daß er nicht als Eigenthümer angesehen

---

19) a. a. O. S. 216.

20) l. 26 § 2 D. de acq. rer. dom. (41, 1). cf. l. 7 § ult. eod.; § 31 J. de R. D. (2, 1).

21) l. 9 § 2 D. de damno inf. (39, 2).

werden kann. Die l. 9 § 2 cit. lehrt also, daß der Eigenthümer eines Baumes, sobald derselbe in fremdem Boden Wurzel geschlagen hat, sein Eigenthum daran verliert. Wenn ihm nun trotzdem Varus und Nerva eine reivindicatio utilis gewähren, so liegt darin keine Anerkennung seines Eigenthums sondern vielmehr das Gegentheil; denn die reivindicatio utilis hat ihren Grund, wie wir bereits oben andeuteten und weiter unten näher begründen werden, in einem fingirten Eigenthume. Wem daher diese Klage gegeben wird, von dem wird indirect behauptet, daß er nicht Eigenthümer sei. Ein Widerspruch zwischen der l. 9 § 2 und der l. 5 § 3 ist daher nicht vorhanden, ebensowenig eine Veranlassung, der reivindicatio utilis die eventuelle Function beizulegen.

Was endlich den letzten Fall, die reivindicatio utilis des Eigenthümers auf die von einem Andern bemalte Tafel, betrifft, so ist hier die eventuelle Function anzuerkennen. Weshalb diese Ausnahme gerade hier anzunehmen ist, wird unten auseinander gesetzt werden.

Ehe wir die Kritik der Iheringschen Ansicht beschließen, ist noch ein Punkt ins Auge zu fassen, der auch nicht wenig dazu beitragen wird, die Unhaltbarkeit derselben zu zeigen. Da Ihering die reivindicatio utilis als Klage auffaßt, welche den Grundsätzen der persönlichen Klagen unterliegt, so mußte er sich natürlicher Weise die Frage aufwerfen, wie man zur Einführung derselben gekommen sei, welche Vortheile sie vor der persönlichen Klage darbiete. Diese Vortheile beschränkt er auf zwei: das juramentum in litem und den Concurs; das erstere ist zur Antiquität geworden, und die reivindicatio utilis würde deshalb im heutigen Rechte nur wegen des letzteren von praktischer Bedeutung sein. Wenn Ihering die Wirkungen der reivindicatio utilis, welche von den Römern ausdrücklich eine actio in rem genannt wird, auf die angegebenen zwei Vortheile beschränkt wissen will, so hätte er diesen singulären Charakter derselben doch wenigstens aus den Quellen nachweisen müssen. Allein diesen Nachweis suchen wir vergeblich bei ihm und er konnte ihn nicht führen, da unsere Quellen über jene angeblichen

zwei Vortheile auch nicht ein Wort enthalten, was gewiß die Annahme rechtfertigt, daß die Römer auch nicht im entferntesten daran gedacht haben, die Wirkungen der reivindicatio utilis in der Iheringschen Weise zu beschränken. In der l. 55 D. de don. i. v. et u. (24, 1) erwähnt Paullus freilich den Concurs, indeß ohne den Vortheil der actio in rem utilis auf diesen Fall zu beschränken. Ja! meiner Ansicht nach war der Concurs im vorliegenden Falle gar keine Voraussetzung zur Gewährung der reivindicatio utilis. Der Fall, welcher von Paullus in der l. 55 besprochen wird, ist folgender: Ein Ehemann hat mit dem ihm von seiner Frau geschenkten Gelde Sachen angeschafft und ist in Concurs gefallen, während letztere sich noch in seinem Vermögen befinden. Es könnte auf den ersten Blick bedenklich erscheinen, der Frau hier eine condictio gegen ihren Mann zu gewähren, da letzterer anscheinend nicht bereichert ist. Allein Paullus bemerkt sehr richtig: non quaerimus, quid deducto aere alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat. Dieses Bedenken konnte nur bei der Insolvenz des Mannes entstehen und nur dann wenn es sich um die condictio der Frau handelte, welche die Bereicherung des beschenkten Ehegatten zu ihrer Voraussetzung hat. Die reivindicatio dagegen, welche Paullus der Frau neben der condictio gewährt, erfordert dies Moment zu ihrer Begründung nicht, und es ist deshalb die thatsächliche Voraussetzung im Anfang unserer Stelle, der Concurs des Mannes, am Ende derselben nicht zu subintelligiren. Hierfür spricht auch noch ein anderer Umstand. Ihering selbst behauptet, daß die l. 55 die Schenkung von Geld nur beispielsweise erwähne und daß sie deshalb auf alle Fälle auszudehnen sei, wo der Schenker die geschenkte Sache aus irgend einem Grunde weder vom Beschenkten noch von einem Andern vindiciren könne. Einen solchen Fall enthält die l. 29 § 1 und l. 30 D. de don. i. v. et u. (24, 1): si vir uxori lanam donavit et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait; utilem tamen viro competere. Des Concurses geschieht hier keine Erwähnung und es liegt deshalb auch nicht der mindeste Grund vor, die An-

wendung der reivindicatio utilis auf diesen Fall zu beschränken. Gerade der Umstand aber, daß, wie Ihering selbst zugiebt, die reivindicatio utilis den Vortheil gewährt, „daß der Berechtigte seinen Anspruch, anstatt mit der persönlichen Klage unter den chirographarischen Gläubigern, mit unserer Klage unter den Vindicanten geltend macht,“ beweist, daß Iherings Theorie falsch ist. Denn wenn die reivindicatio utilis nur eine Form der Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs ist, wie kann dann dem mit derselben Auftretenden die bevorzugte Stellung eines Vindicanten gewährt werden, welche allein im Eigenthumsrechte ihren Grund hat? Wäre Iherings Theorie richtig, so müßten wir den Vortheil, welchen die reivindicatio utilis im Concurse gewähren soll, aufgeben und sie selbst in das Gebiet der Rechtsgeschichte verweisen.

Soviel zur Widerlegung der Iheringschen Ansicht. Was die Begründung meiner Auffassung anlangt, so ist an die Spitze zu stellen die l. 1 C. de don. quae sub modo (8, 55). In derselben handelt es sich um eine donatio sub modo. Der Beschenkte hat die ihm gemachte Auflage nicht erfüllt, dem Schenkgeber steht deshalb nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine condictio zu, die auch ausdrücklich in unserer Stelle erwähnt wird. Allein derselbe soll in diesem Falle auch eine reivindicatio utilis haben, i. e. actionem qua pristinum dominium restituatur. Die Iheringsche Interpretation dieser Worte habe ich bereits oben besprochen; manche Juristen haben sich in den Sinn derselben so wenig hineinzufinden gewußt, daß sie dieselben für ein Glossem halten.[22] Allein hierzu liegt kein hinreichender Grund vor, zumal es nicht an der Möglichkeit fehlt, eine erträgliche Erklärung derselben zu liefern.

Die fraglichen Worte lassen sich nämlich mit Windscheid[23] so wiedergeben: eine Klage in welcher, d. h. durch deren Verleihung das verlorene Eigenthum wiederhergestellt wird. Durch die Schenkung war das Eigenthum auf den Beschenkten übergegangen, allein

22) Faber errores dec. XLIV. error 10. S. 1023.
23) a. a. O. S. 217.

wegen Nichterfüllung der Alimentenauflage[24] wird die Schenkung für rescindirt erachtet und das alte Eigenthum dem Schenkgeber vom Magistrate restituirt. Somit stellt sich die reivindicatio utilis als eine Rescissions-Klage dar, und wenn wir auch, wie dies bereits oben erwähnt ist, in unserer Stelle keine allgemein gültige Definition derselben sehen können, so wird uns dieselbe doch zur Charakterisirung der reivindicatio utilis in den übrigen Fällen ein geeigneter Leitstern sein.

Wir finden im römischen Rechte eine ganze Anzahl von Fictionen bei den Klagen. Gajus unterscheidet zwei Klassen derselben, von denen die erste sich auf die Erhaltung gewisser Wirkungen der bereits untergegangenen legis actiones für einzelne Fälle bezieht, die zweite dagegen auf die Uebertragung einer civilis actio auf neue Rechtsverhältnisse oder auf solche Personen, für die sie eigentlich nicht gelten konnte, oder auch auf die Wiederherstellung eines nach dem jus civile vernichteten Rechtsverhältnisses.[25] Als Beispiel dieses letzten Falles erwähnt Gajus die capitis deminutio: praeterea aliquando fingimus, adversarium nostrum capite deminutum non esse: nam si ex contractu nobis obligatus sit et capite deminutus fuerit, . . . desinit jure civili debere nobis, nec directo intendere possumus dare eum oportere; sed ne in potestate ejus sit, jus nostrum corrumpere, introducta est contra eum actio utilis rescissa capitis deminutione, i. e. in qua fingitur capite deminutus non esse. Es wird also der factische Grund des Wegfalls der actio directa durch eine Fiction entfernt und in Folge dessen eine actio utilis gewährt. Dasselbe findet auch bei der reivindicatio utilis in den Fällen No. 1—7 statt, und die l. 1 C. cit. weist, wie wir bereits gesehen

---

24) Meiner Ansicht nach ist die Stelle jedenfalls auf die Auflage von Alimenten zu beschränken, cf. Savigny System des römischen Rechts IV § 175 S. 284. Der entgegengesetzten Ansicht sind jedoch Glück Commentar IV. S. 470 Anm. 21. Unterholzner Schuldverhältniß. § 321 a. E.

25) Institut. IV § 10. 32. 33—38. Mühlenbruch Cession S. 151 Anm. 300.

haben, hierauf ausdrücklich hin. Das Eigenthum fällt nicht ipso jure zurück, es wird vielmehr nur der Eigenthumsübergang, mag derselbe durch Rechtsgeschäft, mag er durch Rechtsvorschrift erfolgt sein, rescindirt und fingirt, daß der Eigenthumsübergang nicht stattgefunden habe. Stellt sich die reivindicatio utilis in diesen Fällen als eine actio ficticia dar, so tragen wir kein Bedenken, derselben auch für die übrigen Fälle diesen Charakter zu vindiciren, doch wird sich hier freilich die Fiction etwas anders gestalten müssen.

Nach der l. 55 D. de don. i. v. et u. (24, 1) soll der Frau, welche ihrem Manne Geld geschenkt, womit dieser Sachen angeschafft hat, außer der condictio eine actio in rem utilis in ipsas res zustehen. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann der Frau das Eigenthum an den vom Manne mit ihrem Gelde angeschafften Sachen nicht zugesprochen werden, denn qui aliena pecunia comparat, non ei cujus nummi fuerunt, sed sibi tam actionem emti quam dominium, si ei fuerit tradita possessio, quaerit.[26] Allein, um dem Anspruch der Frau eine größere Sicherheit zu gewähren, hat man zu einer Fiction seine Zuflucht genommen. Man hat nämlich fingirt, daß der Mann als negotiorum gestor der Frau gehandelt und ihr als solcher das Eigenthum der mit dem geschenkten Gelde angeschafften Sachen erworben habe. Daß unter gleichen Umständen auch dem Manne die reivindicatio utilis gewährt werden müsse, kann nach den Worten der l. un. § 5. C. de rei ux. act. (5, 13) (quum sit donatori facultas per actionem in rem directam vel per utilem vel per condictionem suo juri mederi) keinem Bedenken unterliegen.

Der zweite Fall betrifft die reivindicatio utilis des Soldaten auf die mit seinem Gelde von seinem Geschäftsführer angeschafften Sachen.[27] Mit Recht hat Ihering darauf hingewiesen, daß die thatsächlichen Momente des vorliegenden Rescripts nicht bloß darin bestehen, daß ein Anderer mit dem Gelde des Soldaten eine Sache

26) l. 8 C. si quis alteri (4, 50).
27) l. 8 C. de R. V. (8, 32).

gekauft, sondern daß derselbe Geschäftsführer des Soldaten gewesen, aber nicht als Stellvertreter sondern als Ersatzmann den Contract abgeschlossen hatte.[28] „Die Verschiedenheit besteht darin, daß das durch den Stellvertreter abgeschlossene Geschäft auf den Namen des Principals gestellt wird, die Richtung desselben auf den Principal hier also ein objectives, äußerlich hervortretendes Moment des Geschäfts selbst bildet, während diese Beziehung im andern Fall etwas rein Subjectives und Innerliches ist und sodann, was die Wirkungen anbelangt, daß dieselben dort, sei es dem Recht oder der Ausübung nach, nach gesetzlicher Vorschrift sofort auf den Principal übergehen, hier hingegen in der Person des Ersatzmannes entstehen und fortdauern, die Ueberweisung derselben an den Principal aber nur auf gewöhnlichem Wege durch besondere Rechtsgeschäfte geschehen kann.“[29] Kaufte also in unserem Falle der Geschäftsführer die Sache als Stellvertreter des Soldaten, so hatte letzterer die vindicatio directa, kaufte er sie dagegen als Ersatzmann, so stand ihm nur die actio mandati seu negotiorum gestorum zu, welche Klagen auch ausdrücklich am Ende unserer Stelle erwähnt werden. Durch das Auftreten des Geschäftsführers kam also der Soldat ohne seine Schuld in eine ungünstige Lage; anstatt einer dinglichen erhielt er nur eine persönliche Klage. Bei der bekannten Neigung der römischen Kaiser, die Soldaten auf alle Weise zu begünstigen, kann es nicht auffallen, daß sie den letzteren auch in diesem Falle ein Privilegium ertheilten. Man fingirte nämlich, der Geschäftsführer habe als Stellvertreter des Soldaten beim Abschluß des Kaufgeschäfts gehandelt, und gewährte letzterem deshalb die reivindicatio utilis. Es hat nicht an Juristen gefehlt, welche auch die l. 2 C. de don. i. v. (5, 16)[30] hierher haben beziehen wollen. Allein dieselbe spricht

28) a. a. O. S. 146.

29) Ihering Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte a. a. O. S. 312.

30) Si ancillam nummis tuis comparatam esse praesidi provinciae probaveris donationisque causa focariae tuae nomine instrumentum emtionis esse conscriptum, eam tibi restitui jubebit. Nam licet cessante jure matrimonii donatio perfici potuerit, milites tamen meos a focariis suis hac ratione fictisque adulationibus spoliari nolo.

gar nicht davon, daß ein Anderer mit dem Gelde eines Soldaten Sachen gekauft habe, im Gegentheil, der Soldat hat mit seinem Gelde eine Sclavin angeschafft und nur das Kaufinstrument donationis causa auf den Namen seiner Wirthschafterin ausstellen lassen. Da zwischen ihm und letzterer eine Ehe nicht bestand, so war die Schenkung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gültig; trotzdem soll die Sclavin dem Soldaten restituirt werden, denn milites meos a focariis suis hac ratione fictisque adulationibus spoliari nolo.

Die l. 2 D. quando ex facto (26, 9) behandelt die reivindicatio utilis bevormundeter Personen auf die mit ihrem Gelde von ihren Vormündern gekauften Sachen.[31] Aehnlich wie im vorigen Falle müssen wir annehmen, daß der „Vormund nicht für sich sondern für den Pupillen gekauft und nur den Contract auf seinen Namen gestellt hat." Es ist zu beachten, daß unsere Stelle von dem Abschluß einer Stipulation und dem Ankauf eines praedium handelt, welches letztere nach classischem Rechte nur im Wege der mancipatio oder in jure cessio geschehen konnte. Diese Rechtsgeschäfte ließen keine Stellvertretung zu, und der Vormund konnte deshalb nur als Ersatzmann fungiren, wenn er für den Pupillen handeln wollte. Die Folge hiervon war, daß letzterer nur die actio tutelae auf Uebertragung des Eigenthums gegen seinen Vormund hatte. Auf diese Weise kamen bevormundete Personen durch die Strenge des Civilrechts in Nachtheil, und die Billigkeit forderte deshalb, daß man auf irgend eine Weise eine Abhülfe schaffte. Es geschah dies auch hier in der Weise daß man fingirte, der Vormund habe als Stellvertreter gehandelt, und demgemäß dem Pupillen eine reivindicatio utilis gewährte. Das spätere Recht ließ mancipatio und in jure cessio fallen und erklärte die bloße Tradition für hinreichend zur Eigenthumsübertragung. Hier war eine Stellvertretung zulässig, und es liegt deshalb der Gedanke nahe, daß ein

31) Si tutor vel curator pecunia ejus, cujus negotia administrat, mutua data ipse stipulatus fuerit, vel praedia in nomen suum emerit, utilis actio ei, cujus pecunia fuit, datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam.

Grund zur Gewährung der reivindicatio utilis jetzt nicht mehr vorgelegen habe. Allein das Privilegium, welches man dem Soldaten in dem Falle ertheilte, wenn sein Geschäftsführer mit seinem Gelde nicht als Stellvertreter sondern als Ersatzmann Sachen angeschafft hatte, wird man unter gleichen Umständen den bevormundeten Personen gewiß nicht verweigert haben; ja diese Begünstigung sollte ihnen selbst dann zu Theil werden, wenn ihr Vormund resp. Curator nicht einmal als Ersatzmann aufgetreten war. Die l. 3 C. arb. tut. (5, 51) bestimmt nämlich: si curator post decretum praesidis sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerit deposita, sibi praedium comparavit, elige, utrum malis in emtione negotium tibi eum gessisse, an, quia in usus suos pecuniae conversae sunt, legitimas usuras ab eo accipere; secundum quae judex tutelae judicio redditus partem religionis implebit. Die reivindicatio utilis wird freilich in dieser Stelle nicht ausdrücklich erwähnt, allein dem Sinne derselben zufolge kann man wohl kein Bedenken tragen, sie auch in diesem Falle dem Mündel zu gewähren. Es soll so angesehen werden, als ob der Vormund als negotiorum gestor gehandelt habe, es wird also eine Stellvertretung fingirt und hierin erblicken wir eine Ausdehnung des Privilegiums bevormundeter Person, welches sich nach früherem Rechte darauf beschränkte, daß die Handlung eines Ersatzmannes als die eines Stellvertreters behandelt wurde. Ihering freilich will diese Ausdehnung nicht zugeben, er meint, die Handlung des Vormunds solle als die eines (unfreiwilligen, fingirten) Ersatzmannes gelten, vermöge dieses Gesichtspunktes aber sei die reivindicatio utilis begründet. Allein für diese Annahme scheinen uns die Worte der l. 3 cit. nicht zu sprechen.

Die reivindicatio utilis erscheint somit als eine actio ficticia; bei den actiones ficticiae aber wird angenommen, daß das, was fingirt wird, wirklich vorhanden sei. Daß dies auch in unseren Fällen geschieht, beweist die l. 2 D. quando ex facto (26, 9), denn „die reivindicatio des Mündels wird hier mit der utilis actio zusammengestellt, welche er aus einem vom Vormunde

bei der Verwaltung seines Vermögens gegebenen Darlehen verlangen kann. Diese letztere utilis actio aber ist der Ausdruck des übergegangenen Forderungsrechts; die Folgerung ist nicht abzuweisen, daß auch die utilis reivindicatio der Ausdruck des übergegangenen Eigenthums sei.[32]" Die reivindicatio utilis wird daher ganz denselben Rechtsgrundsätzen unterliegen wie die directa. So werden die Rechtsregeln, welche bei letzterer in Betreff des Ersatzes der impensae und der Restitution der Früchte von Seiten des Beklagten zur Anwendung kommen, auch bei ersterer gelten. Dasselbe müssen wir auch von den Einreden sagen, welche der Beklagte der reivindicatio utilis entgegensetzen kann. Hier jedoch müssen wir eine Ausnahme in Betreff der exceptio rei venditae et traditae anerkennen. Dieselbe hat zu ihrer Voraussetzung, „daß der Kläger wirklich dem Rechte nach Eigenthümer und seine Vindicatio also ipso jure fundirt sei, daß er jedoch damit nach Gründen der aequitas nicht durchlangen kann, weil er ein bindendes, wirkliches Eigenthum zwar nicht übertragendes aber doch auf Eigenthumsübertragung gerichtetes Geschäft mit dem Verklagten abgeschlossen hat."[33] Bei der reivindicatio utilis ist aber gerade das Gegentheil der Fall; der Kläger ist dem Rechte nach nicht Eigenthümer, er wird nur als solcher fingirt, und der Zweck der Klage ist gerade der, daß der Kläger aequitatis causa mit derselben durchlangen soll, obgleich er ein bindendes, wirkliches Eigenthum übertragendes Geschäft mit dem Verklagten abgeschlossen hat. Der Beklagte kann daher der reivindicatio utilis die exceptio rei venditae et traditae nicht entgegensetzen, jedenfalls würde der Kläger dieselbe durch eine replica doli elidiren. Von der Anwendung dieser exceptio kann jedoch nur in den Fällen 1—4 die Rede sein; in den übrigen ist sie selbstverständlich ausgeschlossen.

Wie die directa so muß auch die utilis reivindicatio gegen jeden Dritten gehen. Ein positives Quellenzeugniß haben wir be-

32) Windscheid a. a. O. S. 218.

33) Vangerow, Lehrbuch der Pandecten I S. 749.

reits oben aus der l. 30 C. de J. D. (5, 12) angeführt; die Fassung der übrigen Stellen entspricht dieser Ansicht gleichfalls. So heißt es in der l. 15 C. de don. ante nupt. (5, 3) quodsi sponsa vel is, in cujus agit potestate, causam non contrahendi matrimonii praebuerit, tunc sponso ejusque heredibus sine aliqua deminutione per condictionem aut per utilem in rem actionem redhibeantur, und es ist gar kein Grund vorhanden, die in den vorhergehenden Worten dieser Stelle enthaltene factische Voraussetzung: si quid apud donatorem resedit hier subintelligiren zu wollen. Dort war diese Voraussetzung nothwendig; der Umstand, daß sie hier unerwähnt blieb, beweist aber, daß dies hier nicht der Fall war. Dasselbe gilt von der l. 55 D. de don. i. v. et u. (24, 1). Sollte der Frau die condictio gegen den Mann zustehen, so mußten allerdings die von letzterem mit dem geschenkten Gelde angeschafften Sachen sich noch in seinem Vermögen befinden; bei der reivindicatio utilis war dies kein nothwendiges Erforderniß und der Jurist sagt deshalb auch nur: sed nihil prohibet etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accommodare.

Die Rescission des Eigenthumsübergangs resp. die Erwerbung des Eigenthums kann entweder ex nunc oder ex tunc geschehen; das letztere ist die Regel, und wir werden es daher auch überall annehmen müssen, wo nicht das Gegentheil ausdrücklich bestimmt ist. So auch in unseren Fällen. Jede Veräußerung, sei es eine totale, sei es eine partielle, welche der Erwerber vorgenommen hat, ist ungültig; die reivindicatio utilis wirkt wie ein Veräußerungsverbot. Dieser Zustand beginnt, sobald die actio nata ist, und dauert so lange, bis sie verjährt ist. Nur eine Ausnahme müssen wir anerkennen, welche in der berühmten l. 30 C. de J. D. (5, 12) enthalten ist. Dieselbe lautet: in rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen extant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindi-

care, quum eaedem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in ejus permanserunt dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque eam in rem actionem quasi in hujusmodi rebus propriis habere et hypothecam omnibus anteriorem possidere, ut sive ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur vel secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse, per utramque viam sive in rem sive hypothecariam ei plenissime consulatur. Es möge gestattet sein, auf diese Stelle etwas näher einzugehen.

Bis auf Justinian hatte die Frau nach Auflösung der Ehe nur einen persönlichen Anspruch gegen ihren Ehemann auf Tradition ihrer Dotalsachen. Dies änderte Justinian, indem er ihr eine reivindicatio utilis gewährte.[34] Justinian erkennt an, daß legum subtilitate das Eigenthum an den Dotalsachen auf den Mann übergegangen sei; allein dieser Rechtssatz erscheint ihm vom natürlichen Standpunkte aus betrachtet unbillig, quum eaedem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in ejus permanserunt dominio, und er gewährt ihr deshalb eine in rem actio quasi in hujusmodi rebus propriis. Dieses Räsonnement Justinians von dem natürlichen Eigenthume der Frau kann für uns bei der Construction der actio in rem nicht maßgebend sein; denn „der Gesetzgeber soll nicht construiren, er greift damit in die Sphäre der Wissenschaft über, entkleidet sich seiner Autorität und Macht als Gesetzgeber und stellt sich mit dem Juristen auf eine Linie. Haben nun zwar aus diesem Grunde die Constructionen des Gesetzgebers keine andere, als eine doctrinäre Bedeutung, lassen sie sich mithin jeder Zeit durch die Jurisprudenz berichtigen und beseitigen, so sind sie nichts desto weniger höchst bedenklich. Denn es ist erklärlich, daß der Widerspruch gegen sie

34) Wir müssen hier der Ansicht Iherings beitreten, daß von einer reivindicatio directa der Frau auf ihre Dotalsachen hier nicht die Rede sein kann. S. a. a. O. S. 126.

nicht so leicht rege wird und einen ungleich schwereren Stand hat, als gegenüber rein doctrinellen Constructionen."[35] Dies hat sich auch bei vorliegender Stelle bewahrheitet. Man hat es nicht gewagt, sich von der Construction Justinians frei zu machen, man hat sich viel mit derselben herumgequält und sich durch dieselbe zu ganz widersinnigen Annahmen verleiten lassen. „Die Wissenschaft soll des Kaisers lassen, was des Kaisers ist, aber letzterer auch der Wissenschaft, was der Wissenschaft ist."

Der Rückfall des Eigenthums erfolgt nicht ipso jure, es wird vielmehr der Eigenthumsübergang rescindirt und fingirt, daß die Frau ihr Eigenthum an den Dotalsachen nicht verloren habe. Aus diesem Grunde wird ihr eine reivindicatio utilis gewährt. Auf diese Fiction scheint auch das Wörtchen „quasi" hinzudeuten. Dasselbe ist hier in seiner gewöhnlichen Bedeutung mit „gleichsam" zu übersetzen, und gar kein Grund vorhanden, es mit „als" wiederzugeben, wenngleich auch nicht in Abrede gestellt werden soll, daß es in dieser Bedeutung einige Male in unseren Quellen gebraucht wird. Das Wörtchen quasi soll andeuten, daß die Frau nicht wirkliche sondern nur fingirte Eigenthümerin der Dotalsachen ist. Als Ausnahme müssen wir jedoch hier anerkennen, daß der Rückfall des Eigenthums nicht ex tunc sondern ex nunc geschieht. Hiefür sprechen nicht allein die Worte „si tamen extant," welche durch die l. 6 C. de secundis nuptiis (si non fuerint alienatae vel consumtae vel suppositae) ihre Erklärung finden und demnach bedeuten, daß die Frau nur das vindiciren kann, was sich bei Auflösung der Ehe noch im Vermögen des Mannes befindet, sondern es geht dies auch aus einem späteren Gesetze Justinians (l. un. § 15 C. de rei ux. act. 5, 13) ganz deutlich hervor, da in diesem das Verbot der Veräußerung von Dotalgrundstücken nicht allein bestätigt sondern auch ausdrücklich erweitert ist. In nahem Zusammenhange mit der l. 30 cit. steht die l. 54 D. de J. D. (23, 3): res quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videantur. Es

35) Ihering Geist des römischen Rechts II, 2 S. 399.

ist gewiß unbedenklich, auch auf diese Dotalsachen die reivindicatio utilis auszudehnen. Doch muß in diesem Falle die Fiction, welche derselben zu Grunde zu legen ist, eine andere sein. Es kann hier nicht die sein, daß die Frau das Eigenthum nicht verloren habe, sondern vielmehr die, daß der Mann als Stellvertreter der Frau die mit Dotalgeld angeschafften Sachen für letztere erworben habe; eine Fiction, welche wir bereits in andern Fällen kennen gelernt haben. Dieser Auffassung scheint freilich die l. 12 C. de J. D. (5, 12) zu widersprechen: ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus non tibi quaeritur, quum neque maritus uxori actionem emti possit acquirere: at dotis tantum actio tibi competit. Allein dieser Widerspruch ist nur ein scheinbarer. Ebenso wie der Mann an den Sachen, welche von der Frau als Dotalsachen in die Ehe gebracht werden, das Eigenthum hat, so erwirbt er dasselbe auch an denjenigen, welche während der Ehe mit Dotalgeld angeschafft werden. Diesen Rechtssatz hat auch Justinian in der l. 30 cit. nicht abändern wollen; nur die Geltendmachung des Anspruchs der Frau sollte eine andere werden, indem ihr statt der dotis actio die reivindicatio utilis gewährt wurde; diese letztere aber hat ihren Grund nicht im wirklichen sondern im fingirten Eigenthume.

Die l. 30 cit. hat noch die Frage hervorgerufen, ob Pfandklage und reivindicatio der Frau gleichzeitig oder nur alternativ gegeben würden, so daß im letzteren Falle also beide Klagen als sich gegenseitig ausschließend zu denken wären. Die Worte der l. 30 cit. sprechen für die erste Annahme. Es heißt dort ausdrücklich: volumus eam in rem actionem quasi in hujusmodi rebus propriis habere et hypothecariam omnibus anteriorem possidere. Die Beweiskraft dieser Worte wird auch nicht durch die folgenden per utramque viam sive in rem sive hypothecariam ei plenissime consulatur geschwächt, da durch diese nur angedeutet werden soll, daß der Frau überlassen bliebe, sowohl im Wege der Pfandklage als auch der reivindicatio ihre Befriedigung zu suchen, und keineswegs ausgeschlossen werden soll, daß, wenn sie die eine angestellt

hat, sie auch die andere noch anwenden könne. Daß in vielen Fällen es für die Frau äußerst wichtig ist, außer der reivindicatio utilis auch noch die Pfandklage anstellen zu können, bedarf wohl keiner näheren Erörterung, da bekanntermaßen das Pfandrecht Vortheile giebt, welche das Eigenthum zu gewähren nicht im Stande ist.

Die Gegner unserer Ansicht und namentlich Jhering haben aus der Concurrenz der reivindicatio utilis mit der actio hypothecaria einen Beweis für den obligatorischen Charakter der ersten entnehmen wollen. Allein da wir in unsern Quellen Fälle finden, wo selbst dem wirklichen Eigenthümer eine actio hypothecaria zusteht, so kann uns dies bei dem fingirten Eigenthümer um so weniger wundern. Weit entfernt also, daß dieser Umstand die gegnerische Ansicht unterstützte, scheint mir derselbe vielmehr deutlich darauf hinzuweisen, daß die reivindicatio utilis ihren Grund in einem dinglichen Rechte, im Eigenthume hat. In ähnlicher Weise will Jhering auch aus dem Zusammentreffen der reivindicatio utilis mit der condictio folgern, daß erstere nur die Verstärkung einer Forderung zum Zweck habe. Es ist bekannt, daß mit Ausnahme der condictio furtiva dem Eigenthümer niemals eine condictio gewährt wird, nec enim quod nostrum est, nobis dari potest, quum solum id dari nobis intelligatur, quod ita datur, ut nostrum fiat; nec res, quae nostra est, amplius nostra fieri potest.[36] Allein wo die reivindicatio utilis an Stelle einer condictio gewährt wird, geschieht dies nicht nach den Regeln des Civilrechts sondern aus irgend einem Billigkeitsgrunde, und überdies ist der mit der reivindicatio utilis Auftretende nicht wirklicher sondern nur fingirter Eigenthümer. Aus diesen Gründen kann man aus der Concurrenz der reivindicatio utilis mit der condictio kein Argument für den obligatorischen Charakter der ersteren entnehmen.

Wie die reivindicatio directa, so muß auch die utilis dem mit derselben Auftretenden die bevorzugte Stellung der Vindicanten

36) Gajus Instit. IV § 4.

im Concurse gewähren. Dies wird auch von unseren Juristen anerkannt, so von Schweppe und Beier.[37] Hier beim Concurse zeigt es sich deutlich, welche Vortheile im heutigen Rechte namentlich die reivindicatio utilis vor der actio hypothecaria gewährt. „Nach römischem Rechte zwar brauchten sich die Pfandgläubiger nicht auf den Concurs einzulassen, sondern sie konnten durch Intervention entweder ihre Befriedigung oder die Herausgabe der ihnen verpfändeten Objecte noch während der possessio bonorum von den mittirten Gläubigern oder von dem curator bonorum fordern; jetzt müssen sich auch die Pfandgläubiger an die übrigen Creditoren anschließen, sind gleich diesen zur Beobachtung aller Termine und Formen des Verfahrens verbunden und erhalten ihre Befriedigung erst dann, wenn es überhaupt zur Distribution der Masse kommt.“[38] Daß nach Iherings Theorie der Inhaber der reivindicatio utilis des Privilegiums der Vindicanten sich nicht erfreuen kann, haben wir bereits oben gezeigt.

Ein Vortheil, den die reivindicatio utilis im römischen Prozeß gewährte, das juramentum in litem, ist im heutigen weggefallen. Es ist bekannt, daß die arbitraria formula (nisi arbitratu judicis rem restituat) hauptsächlich bei den in rem actiones zur Anwendung kam, um auf diese Weise dem Kläger möglicher Weise seine Sache in natura wieder zu verschaffen. Der alte römische Prozeß kannte nur eine Geldcondemnation; die Uebelstände, welche dies häufig für den Kläger hatte, gaben zur Einführung der actiones arbitrariae Veranlassung, in welchen der Richter zu einer Geldcondemnation erst dann schreiten soll, wenn der Beklagte zu einer Naturalleistung nicht zu bewegen ist. Im letzten Falle aber läßt der Richter den Kläger zum Schätzungseide (juramentum in litem) zu. Daß die reivindicatio utilis ebenso wie die directa

37) Schweppe System des Concurses § 46 S. 48, § 44 A. S. 81. Beier Concursprozeß S. 167.

38) Beier a. a. O. S. 54 § 18 No. III. f. Schweppe a. a. O. § 47. S. 15 u. 86.

eine actio arbitraria gewesen, kann wohl keinem Bedenken unterliegen. Dem wahren Eigenthümer steht die directa vindicatio zu, jedoch muß man der utilis den Vorrang vor derselben einräumen. Hiervon kommt in unsern Quellen nur eine Ausnahme vor. Die l. 9 § 2 D. de acq. rer. dom. (41, 1) nämlich bestimmt: sed non ut litterae chartis membranisve cedunt, ita solent picturae tabulis cedere, sed ex diverso placuit, tabulas picturae cedere. Utique tamen conveniens est, domino tabularum adversus eum, qui pinxerit, si is tabulas possidebat, utilem actionem dare, qua ita efficaciter experiri poterit, si picturae impensam exsolvat, alioquin nocebit ei doli mali exceptio, utique si bona fide possessor fuerit, cui solverit. Adversus dominum vero tabularum ei, qui pinxerit, rectam vindicationem competere dicimus, ut tamen pretium tabularum inferat, alioquin nocebit ei doli mali exceptio. Der Eigenthümer der Tafel erhält hier eine reivindicatio utilis gegen den Maler, dieser die reivindicatio directa gegen jenen. Wer von beiden geht vor? Stehen beide Klagen in ihren Wirkungen auf gleicher Linie, so würde dies, wie bereits einige Glossatoren bemerkt haben, zu dem Resultate führen, daß die Lage des Besitzers schlechter wäre als die des Nichtbesitzers. Deshalb haben schon Martinus und Jacobus den Erfolg der reivindicatio utilis darauf beschränkt, daß der Eigenthümer der Tafel sich damit begnügen müsse, den Werth derselben vom Maler ersetzt zu erhalten. Gingen wir von der entgegengesetzten Ansicht aus, „so würde das ridiculum, das Justinian von sich stößt, durch die Hinterthür wieder eingeführt werden.“[39] Es bleibt daher nichts Anderes übrig, als im vorliegenden Falle die eventuelle Function der reivindicatio utilis anzuerkennen und der directa vor ihr den Vorzug zu geben. Der Grund dieser Abweichung scheint uns in folgendem Umstande zu liegen: Es war unter den römischen Juristen Streit darüber, ob die Tafel dem Ge-

---

39) Arndts Pandecten § 152 Anm. 8.

mälde, oder das Gemälde der Tafel weiche. Paulus war letzterer,[40] Gajus ersterer Ansicht und ihm ist auch Justinian gefolgt. Der Materialeigenthümer hätte somit nur eine condictio gegen den Maler und auch diese nur, soweit die Voraussetzungen derselben zutreffen. Indeß die Entscheidung des Gajus ist nicht die juristisch richtige, sie ist, wie Paulus bemerkt, propter pretium picturae aufgestellt. Es war daher wohl in der Billigkeit begründet, daß man ihn nicht bloß auf die condictio verwies, sondern daß man ihm zugleich auch einen dinglichen Anspruch, die reivindicatio utilis gewährte. Es sollte dies eine Sicherung seines gerechten Entschädigungsanspruchs gegen den Maler sein; allein wenn das Privilegium, das man diesem einmal propter pretium picturae ertheilt hatte, nicht wieder aufgehoben werden sollte, so mußte der Erfolg der reivindicatio utilis auf Ersatz des Werthes der Tafel beschränkt werden. Wurde ihm jedoch dieser nicht gewährt, so erlangte er mit seiner Klage das Gemälde, si picturae impensam exsolvat, und dieselbe hatte dann also ihre gewöhnliche Wirkung.

Tritt der Fall ein, daß ein Dritter zugleich mit der reivindicatio directa und utilis belangt wird, so müssen dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen, wie wenn gegen Jemand zwei Personen, und zwar eine jede für sich, die directa anstellen. Nach unseren heutigen prozessualischen Grundsätzen würde dieser Fall sich für interventio principalis eignen.

Man hat viel darüber gestritten, was der mit der reivindicatio utilis Auftretende zu beweisen habe. In dieser Beziehung hat bereits Vangerow die richtige Ansicht aufgestellt. Derselbe unterscheidet nämlich die beiden Fälle: wenn die reivindicatio utilis gegen den Erwerber und dessen Successoren oder wenn sie gegen solche Personen, gegen welche der Erwerber selbst mit der directa hätte auftreten müssen, angestellt wird. Im ersteren Falle brauche er nur zu beweisen, daß die Sache mit seinem Gelde angeschafft

---

40) l. 23 § 3 D. de R. V. (6, 1).

sei, im andern dagegen müsse er auch das Eigenthum des Verkäufers beweisen. Allgemeiner und richtiger werden wir sagen, daß der Kläger im letzteren Falle sein fingirtes Eigenthum nachzuweisen habe. Hierbei kann es keinem Bedenken unterliegen, daß wie bei der directa so auch bei der utilis der Beweis des bloß publicianischen Eigenthums zugelassen werden muß.

Das Resultat vorstehender Untersuchung kurz zu wiederholen: die reivindicatio utilis ist eine fingirte Eigenthumsklage, welche denselben Rechtsgrundsätzen unterliegt wie die reivindicatio directa.

X.

Ueber die Berechtigung zur Erziehung und Verpflegung unehelicher Kinder.

Von Dr. Fabricius in Stralsund.

§ 1.

I. Römisches Recht.

Tit. D. ubi pupillus educari vel morari debeat, et de alimentis ei praestandis (27, 2). C. ubi pupilli educentur (5, 49).
Burchardi, im civilistischen Archiv VIII. p. 165 f. Sintenis, das pract. gem. Civilrecht (Leipzig 1851) III. p. 136 f.

Nach römischem Rechte fällt unsere Frage mit der allgemeineren nach der Berechtigung zur Pupillenerziehung überhaupt zusammen. Die vulgo quaesiti, heißt es, nullum patrem habere intelleguntur.[1] Sie sind von ihrer Geburt an sui iuris. In der Erziehungsfrage sind sie also den ehelichen vaterlosen Kindern ganz gleich zu beurtheilen, nur mit dem Unterschied, daß sie keine Verwandte von väterlicher Seite haben.[2]

---

1) cf. § 4. J. de succ. cogn. (3, 5). § 12. J. de nuptiis (1, 10) und l. 23. D. de statu hom. (1, 5).

2) Sintenis l. c. p. 136 u. ebenda not. 45.

Das Recht zur Erziehung der Pupillen schrieb man früher wohl ohne weiteres dem Tutor zu, indem man sich auf die Regel berief:

> personae, non rei vel causae (tutor) datur (l. 14. de test. tut. (26, 2). § 4. J. qui testamento tutores dari possunt (1, 14).

Erst Löhr und Savigny befreiten uns von diesem Mißverständniß; jener in seiner Schrift: „Ueber die römischen Begriffe von Tutel und Curatel,"[3] in welcher er jene alte Meinung widerlegte, den Begriff der Tutel in die auctoritatis interpositio setzend; dieser, indem er treffend den Sinn jener Regel, der Löhrschen Ansicht gemäß, folgendermaßen ausführte:

> Die persona, von welcher darin gesprochen wird, ist die juristische Persönlichkeit des Pupillen, die Fähigkeit desselben zu förmlichen Handlungen. Diese Fähigkeit für alle Anwendungen zu ergänzen, ist der Hauptberuf des Tutors... Darum hat denn auch der römische Tutor mit der Erziehung des Pupillen durchaus gar nichts zu schaffen, sondern über diese verfügt der Prätor ganz frei nach den Umständen, wobei zufällig seine Wahl auf den Tutor, wie auf jeden Andern fallen kann."[4]

Dies ist denn auch die einzige Bestimmung über Pupillenerziehung, welche auf allgemeine Gültigkeit Anspruch machen kann, und die auch bereits in den römischen Gesetzen deutlich genug ausgesprochen ist.

> l. 1. pr. h. t. Solet praetor frequentissime adiri, ut constituat, ubi filii vel alantur vel morentur.
>
> l. 5. eod. Si disceptetur, ubi morari vel ubi educari

---

3) In seinem u. Grolmann's Magazin für Rw. u. Gsgbg. III. p. 17 sq. p. 26.

4) Ueber den Beruf unserer Zeit rc. p. 104. Burchardi l. c. p. 165 giebt unrichtig an, Savigny habe zuerst auf die Falschheit der alten Ansicht aufmerksam gemacht. Die genannte Schrift desselben erschien aber erst 1814, der 3te Band von Löhr's und Grolmann's Magazin dagegen schon 1810.

pupillum oporteat, causa cognita id praesidem statuere oportebit.[5]

Dabei wird dem Prätor oder Präses der Rath an die Hand gegeben, zunächst der Mutter, wenn diese dazu fähig sei, die Erziehung anzuvertrauen.

l. 1. C. h. t. Educatio pupillorum nulli magis, quam matri eorum, si non vitricum iis induxerit, committenda est.

nov. 22. de his, qui secundas nuptias contrahunt. c. 38 ... quoniam mater ad liberorum educationem magis idonea quam alii omnes videtur, lex ei hoc quoque tribuit, nisi ad secundas venerit nuptias.[6]

Eine ausdrücklich dahin gehende Vorschrift will man in dem Satze finden:

Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit.[7]

Es handelt sich hier, wie die Titelüberschrift ergiebt, de statu hominum, speciell um die Frage, ob die Kinder in den status des Vaters oder der Mutter eintreten, und es heißt nun: Kinder ohne legitime Ehe folgen dem Stande der Mutter. Von der Erziehung ist nicht die Rede. Folgern kann man allerdings aus dem matrem sequatur, daß uneheliche Kinder zur Familie der Mutter gehören, da sie natürlich auch in den status familiae derselben treten, aber weiter nichts; die Erziehung blieb der Entscheidung des Prätor oder Präses vorbehalten, welcher ebensogut einen Dritten wie die Mutter damit bedenken konnte. Im ursprünglichen Zusammenhange scheint die Stelle sogar nur auf den status civitatis sich zu be-

---

5) Burchardi l. c. p. 165. cf. l. 1. C. h. t. praeses provinciae . . . perpendet, ubi educari puer debeat . . ähnlich l. 2. eodem.

6) Burchardi p. 167. Sintenis p. 131.

7) l. 24. de statu hom. (1, 5). Ulp. l. XXVII ad Sab. — Gitzler, Eherecht p. 144. not. 11. u. a. m.

ziehen. Es heißt nämlich darin nicht sine matrimonio, sondern sine legitimo matrimonio, womit das mangelnde Connubium angedeutet wird. Der Satz wäre also identisch mit dem bekannten ebenfalls ulpianischen: Connubio interveniente liberi semper patrem sequuntur: non interveniente connubio matris conditioni accedunt,[8] und sein Sinn: Kinder aus einer Verbindung ohne Connubium folgen der Mutter.

Eine solche Verbindung ohne connubium ermangelte nun allerdings der civilrechtlichen Folgen der Ehe, brauchte aber darum noch immer nicht den Charakter einer ehelichen Verbindung ganz aufzugeben. Warum in einem solchen Falle dem Vater die Erziehung ganz abgesprochen werden sollte, nur weil er keine patria potestas hatte, nicht als civilrechtlich verwandt mit seinem Sohne angesehen wurde, läßt sich schwerlich begründen. In den citirten Stellen werden nun die Ausdrücke sequi und conditioni accedere augenscheinlich synonym gebraucht, und daß hier vornehmlich der Civitätsstatus damit in Bezug genommen wird, ergeben die sich dem Sinne nach deckenden Schlußsätze beider Stellen:

in l. 24. cit.: nisi lex specialis aliud inducit.

in § 8. tit. 5. Fr.: excepto eo, qui ex peregrino et cive Romana peregrinus nascitur, quoniam lex Mensia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi iubet.

Die lex Mensia wird also das in der ersteren Stelle angedeutete Specialgesetz sein, wonach das Kind aus einer Ehe zwischen Peregrinen und Römerin doch nicht der Mutter, sondern dem Vater als der ärgeren Hand folgt. Die Verwandtschaft mit der Mutter wird hier natürlich nicht aufgehoben, nur deren Civitätsstatus theilt es nicht. Dagegen tritt es in den status des Vaters, wiewol nicht in dessen patria potestas. Daß hier dem Vater das Erziehungsrecht bleibe, wird niemand bestreiten. Warum soll es ihm dann nicht in dem Falle bleiben, wenn er Römer und die Mutter Pere-

8) Ulp. Fr. tit. 5. § 8.

grinin ist, da hier in dem Verhältniß zwischen Vater und Kind sich nichts ändert, als daß das Kind einen geringeren status civitatis hat, als jener. Von solchen Verbindungen und daraus hervorgehenden Kindern sehen wir also die l. 24 cit. handeln, von Fällen, in denen es gar nicht zweifelhaft sein kann, daß die Erziehung dem Vater bleibt; so daß das Citat für unsere Frage von den unehelichen Kindern unangemessen erscheinen muß. Kann man nun also aus den Ausdrücken sequi, conditionem sequi, conditioni accedere nichts auf die Erziehung schließen, so wird man für diese auch nichts aus der l. 19 h. t. (Celsus l. XXIX Dig.) folgern können, in der wirklich von unehelichen Kindern gesprochen wird:

vulgo quaesitus matrem sequitur.

Die Worte enthalten nur die selbstverständliche Regel, daß uneheliche Kinder den status der Mutter haben.[9]

Bis hierher ist nachgewiesen, daß das röm. Recht eine ausdrückliche Vorschrift, uneheliche Kinder sollten bei der Mutter aufgezogen werden, durchaus nicht kennt. Die Frage, ob ihre Erziehung bei dem Vater zulässig sei, konnte gar nicht aufgeworfen werden, weil sie juristisch gar keine Väter hatten, weil das Corpus iuris (wie der Code Napoléon) keine recherche de la paternité kennt, ja auch nach freiwilligem Anerkenntniß kein den Vater irgendwie verpflichtendes Verhältniß zwischen ihm und dem unehelichen Kinde entstehen läßt.

---

9) Heute kann nach Aufhebung der Sklaverei die Regel auf den status libertatis gar keine, auf den status familiae nur beschränkte Anwendung finden, indem das Kind jetzt auch zum unehelichen Vater in ein statusähnliches Verhältniß tritt. Dagegen bleibt der status civitatis, dessen heutige Ausdehnung auf die Religionsfrage man zugeben kann. Burchardi l. c. p. 189. Holzschuher, Theorie u. Casuistik 1847. I. p. 438 zu Frage 11. Glück, Comm. XXVIII. p. 201. Daß die Praxis diese Ausdehnung gebilligt („möge nun die Mutter die Erziehung selber haben, oder ein Andrer"), bezeugt Burchardi a. a. O.

II. Gemeines Recht.

§ 2.

Vorbemerkung über die zu Grunde liegenden Principien.

Erst im gemeinen Recht konnte die letztberührte Frage auftreten, und zwar unter völlig veränderten Rechtsanschauungen. Angesichts dieser muß ich mich von vorn herein dagegen verwahren, wenn man auf dem nunmehr einzunehmenden Standpunkte mit römischen Citaten kämpfen will. Ich bin überzeugt, daß die hier herrschende Unklarheit zum großen Theil auf die unglückliche Neigung zurückzuführen ist, welche sich seit der Reception des römischen Rechts der Theorie öfter bemächtigt hat, auch für solche Rechtsverhältnisse, die den Römern unbekannt waren, die Begründung im Corpus iuris zu suchen, zu gleich großem Schaden für die Gestaltung des geltenden Rechtes, wie für das Verständniß des römischen Rechtsbuches, indem man jene durch unsichere Theorien verwirrte, dies durch gekünstelte und geschraubte Interpretationen verunzierte, die weit ab lagen von der gediegenen und auf lebendiger Anschauung beruhenden Klarheit seiner Auctoren.[10]

Die römischen Stellen räumen der Mutter einen Vorrang bei der Erziehung ihrer Kinder ein vor den Cognaten,[11] aber nicht vor dem unehelichen Vater, denn diesen kennen sie nicht. Ebenso gut, wie sich auf solche Stellen berufen, könnte man sagen, der uneheliche Vater sei nach der Analogie eines Vaters ohne väterliche Gewalt zu beurtheilen, also eines Vaters im Verhältniß zu seinen emancipirten Kindern, und daß diesem ein größeres Recht auf die Erziehung derselben zugestanden, ist niemandem zweifelhaft.[12] Die

---

10) Bemerkungen hierüber s. bei Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts 1857. § 17 p. 87. 88. Puchta, Pandecten § 9a p. 12., meine Diss. de impensis p. 14. n. 18.

11) Außer den oben p. 366 f. not. 5. angeführten Stellen noch nov. 118. c. 5 . . (mater vel avia) omnibus cognatis ex latere ad tutelam praeferentur, testamentariis solum tutoribus eis praecedentibus etc.

12) Burchardi l. c. p. 169. Sintenis l. c. p. 132. not. 20: „Der

eine Deduction ist so unzulässig, wie die andere. Wir haben es hier mit einem ganz neuen Rechtssatz zu thun:

> Der Schwängerer ist das mit der Geschwächten erzeugte uneheliche Kind zu ernähren schuldig.[13]

Das ist nicht römische, sondern germanische Rechtsbildung,[14] die auf ihrem eigenen Boden, der christlich germanischen Aequität, erwachsen ist, und deren Theorie selbständig aus dem ihr zu Grunde liegenden Princip, aber nicht aus einem Gemenge von Pandecten, Naturrecht und Nützlichkeitsrücksichten zu entwickeln ist. Welches nun aber das zu Grunde liegende Princip sei, ist eben der Streit, in welchem die größten Autoritäten sich gegenüber stehen. Puchta vertheidigt die Delicts-, Vangerow die Verwandtschaftstheorie.[15] Ich halte die Ausführung des letzteren für überzeugend. Schon in dem Namen, den man dem Verhältniß zwischen Erzeuger und Erzeugten gegeben hat, scheint mir das veränderte Bewußtsein und der Rechtsgrund, aus welchem man hier eine Obligation statuirt, genügend angedeutet. Man nennt es uneheliche Vaterschaft. Der

---

Hauptgrund für die Erziehung beim Vater ist, daß der Vater so gut und eben so naher Cognat ist, wie die Mutter, und die Erziehung ein rein sittliches Geschäft ist, worin dem Vater der Natur der Sache nach der Vorzug gebührt."

13) So formulirt von Busch im civ. Arch. XXIII. p. 217, mit der Hinzufügung: und als seine Quelle ist ein unbestrittener Gerichtsgebrauch zu betrachten.

14) Sintenis l. c. p. 100. not. 40: „Es ist nicht zu verwundern, wenn diese Lehre sich überhaupt für die systematisch doctrinelle und consequente Behandlung unfügsam zeigt, da sie im röm. Recht nicht nur keine Wurzel hat, sondern mit Grundanschauungen desselben in Widerspruch steht." — Heerwart im civ. Arch. XIV. p. 446 äußert sich ähnlich: „Wie man übrigens auf die Aussprüche des röm. Rechts über das Verhältniß des Vaters zum unehelichen Kinde ein Gewicht legen könne, ist in der That nicht abzusehen. Denn da dies deutsche Gewohnheitsrecht einmal den Grundsatz des röm. Rechts, daß der Vater seine unehelichen Kinder nicht zu alimentiren brauche, aufgehoben und mit dem entgegengesetzten vertauscht hat, so erscheint es doch offenbar unstatthaft, die mit jenem Grundsatz eng zusammenhängenden Bestimmungen auf diesen anzuwenden."

15) Puchta, Pand. § 316. Vang. Lehrbuch I. § 260.

uneheliche Vater soll, eben weil er dieses ist, auch die Pflichten seiner Vaterschaft gegen seine Kinder erfüllen. Oder soll man etwa sagen: Nein, aus dem väterlichen Verhältniß ist er ihnen nicht obligirt, dies erkennen wir nicht an, sondern deswegen, weil er sie durch Delict beschädigt hat, und zwar durch das Delict, ihnen zu ihrer Entstehung verholfen zu haben.[16]

Das hieße doch, aus jenem Sophocleischen Satz: „Nicht gezeugt sein, wäre das beste Schicksal," die praktischen Consequenzen ziehen und den Vater dafür verantwortlich machen, daß er seinem Kinde den Genuß jenes besten Schicksals verkümmert habe. Wir sind dann nur einen Schritt davon entfernt, auch unsere ehelichen Väter aus diesem Delict in Anspruch zu nehmen.

§ 3.

Der Vater ist berechtigt, sein uneheliches Kind bei sich zu erziehen und zu verpflegen.

Die Meinungsverschiedenheit über den Grund der Alimentationspflicht des unehelichen Vaters äußert nun auch auf die Entscheidung unserer Frage den wesentlichsten Einfluß. Ueber Eines freilich ist man einig, daß das Erziehungsrecht, wem es auch zustehe, dem richterlichen und obervormundschaftlichen Ermessen darüber, ob bei diesem oder jenem die Erziehung und Verpflegung des Kindes am gedeihlichsten zu erwarten sei, untergeordnet werden müsse.[17] Wem nun aber vorbehaltlich oder in Ermangelung solches Ermessens jenes Recht zuzugestehen, darüber theilen sich die Ansichten gar sehr.

Von selbst versteht es sich, daß diejenigen, welche den Schwängerer ex delicto haften lassen, ihm jegliches Recht auf die Erziehung seiner außerehelichen Kinder absprechen. Aber auch unter denen, welche ein verwandtschaftliches Verhältniß annehmen, herrscht Streit,

16) Heerwart l. c. p. 437: „Soll es (das Kind) zu seinem Erzeuger sagen: Du hast mir die Rechtskränkung zugefügt, mich ins Leben zu rufen, du bist mir dafür Ersatz durch Alimente zu geben schuldig?"

17) v. Holzschuher l. c. II. b. p. 962. und Viele.

ob dies so weit auszudehnen, daß auch ein Erziehungsrecht damit einbegriffen werde.

Ich muß meine Ansicht hierüber gleich vorweg dahin aussprechen, daß, wenn einmal durch Anerkenntniß oder gerichtliches Urtheil ein Vater ausgemittelt ist, diesem zwar die civilrechtlichen Folgen der Verwandtschaft, die Berechtigungen aus einer juristischen Cognation, wie patria potestas und Erbrecht, aber nicht die aus dem natürlichen Verhältniß entspringenden Berechtigungen vorenthalten werden dürfen, wenn er die aus demselben sich ergebenden Pflichten in ihrem vollen Maße erfüllt. Zu jenen Berechtigungen aber ist die Erziehung unbedingt zu zählen, welche ja von der Ernährung und Verpflegung kaum getrennt gedacht werden kann; und man darf also hierin der Mutter keinen Vorzug vor dem Vater zugestehen. Beide sind uneheliche Eltern, beide leibliche Eltern. Daß die uneheliche Mutter eine größere Neigung und Sorgfalt für das Kind habe, als der Erzeuger, ist schwerlich zu präsumiren. Die Erziehung der unehelichen Kinder bei der Mutter pflegt auch nicht die beste zu sein. Sind sie nicht für diese beständige Mahner ihres Vergehens, jeden Augenblick bereit, von neuem ihr Gewissen mit Scham und Reue zu ängstigen? Wenn also der Vater seine Verbindlichkeiten gegen das Kind erfüllen will, und zwar so, wie er es eigentlich schuldig ist, indem er die Alimente ihm in natura präſtiren und es bei sich ernähren und aufziehen will, so ist nicht abzusehen, wie ihm dies verweigert und er dagegen zu einer Geldleistung verurtheilt werden soll, deren Werth begreiflicher Weise an den der Naturalienleistung lange nicht herankommt. Mit einer solchen Verurtheilung würde man meiner Ueberzeugung nach nicht nur das Recht des Vaters, sondern auch das wohlverstandene Interesse des Kindes auf das erheblichste verletzen.

Der Mangel der väterlichen Gewalt kann der Berechtigung des Vaters nicht entgegenstehen, da, wie schon oben gezeigt, das Erziehungsrecht nicht aus ihr, sondern aus dem natürlichen Verhältniß entspringt.[18]

18) Vgl. S. 317 f.

In der Regel wird freilich die Gelegenheit fehlen, dem Vater das Erziehungsrecht durch Urtheil zuzuerkennen, da die Väter selten den Wunsch äußern, ja auch selten in der Lage sein werden, jenes Erziehungsrecht auszuüben, und den Aufenthalt, Pflege und Erziehung der Kinder bei der Mutter gegen eine von ihnen selbst zu leistende Entschädigung vorziehen werden, die dazu noch, wie allseitig anerkannt ist, den allerbescheidensten Ansprüchen nicht zu genügen pflegt. Der Rechtssatz selbst aber kann hierdurch nicht erschüttert werden. In Kürze also: Die Consequenz des Paternitätsprincips ist, daß man dem unehelichen Vater das Erziehungsrecht nicht abspreche.

Zur Bestätigung und weiteren Begründung des Satzes wende ich mich nun zur Darstellung der Meinungen der Rechtslehrer.

§ 4.

Aeltere Literatur.

Controvers war es allerdings schon bei den älteren Rechtslehrern, ob man uneheliche Kinder der Mutter fortnehmen und dem Vater zur Erziehung geben dürfe, wenn dieser die Alimente nur in natura leisten wolle. Dies bezeugt uns Samuel Stryck:[19]

> controversum fuisse memini, an partus praecise apud matrem sit educandus, vel annon stupratori permittendum sit, ut ipse partum recipiat et alimenta eidem suppeditet.

Soweit ich aber die Autoren des vorigen Jahrhunderts habe durchsehen können, ist mir keiner begegnet, der eine andere Entscheidung getroffen hätte, als daß jenes in der That gestattet sei; sei es nun daß man von der Ursprünglichkeit der Leistungsverbindlichkeit oder von dem Paternitätsprincip ausging. So entscheidet Stryck selbst:[20]

---

19) Continuatio 4. Usus moderni Pand., op. postum. ed. V. Halae 1729.
20) ad lib. XXXXVIII. t. 5. (ad leg. Jul. de adult.) p. 733. § 27.

Puto stupratori hoc omnino indulgendum esse, modo securitatem praestet de partu probe educando.

Die securitatis praestatio kann man wol nicht anders, als eine Gewähr seines Charakters verstehen, die vorauszusetzen ist, so lange die Obervormundschaft sie nicht leugnet (oder nicht etwa Infamie oder notorische Anrüchigkeit vorliegt). Zu seiner Unterstützung führt Stryck noch ein von der Hallenser Facultät bestätigtes Urtheil an, in welchem der iustitiarius loci erkannt hatte, daß die stuprata das Kind dem stuprator auszuantworten schuldig.

Ein ähnliches Erkenntniß theilt uns Hommel mit unter der Ueberschrift:

Stuprator non cogendus, alimenta in nummis praebere, si infantem ipse in sua domo educare velit.[21]

Im Tenor heißt es wörtlich:

daß, was die verfallene Zeit betrifft, Beklagter die vorgeschossenen Erziehungskosten zu erstatten, auch mit solcher Abentrichtung so lange, bis er das Kind wirklich zu sich genommen, fortzufahren schuldig; dahingegen, sobald dies erfolget, Klägers[22] Suchen alsdann weiter nicht statt hat.

Zusätzlich wird noch erläutert, dies gelte nur für den Fall, daß die Geschwängerte den Anspruch auf Alimente für das Kind wirklich erhebe; sonst könne der Vater das Kind der Mutter nicht wegnehmen (eripere). Damit scheint der Mutter ein Vorzugsrecht eingeräumt, wenn sie die Alimentation übernimmt, ohne Erstattung vom Vater zu fordern; begründet wird dies jedoch weiter nicht. Der Satz des Erkenntnisses, daß der Vater zahlen müsse, bis er das Kind wirklich zu sich genommen, bezieht sich wol auf eine etwaige mora accipiendi seitens jenes. Erbietet er sich, und weigert sich die Mutter, so ist die mora auf ihrer Seite, und sie von da an zu keiner Forderung weiter berechtigt.

---

21) Rhapsodia Quaestionum in foro quot. obven. ed. 3. Baruth. 1769. obs. 416. p. 577.

22) Der avus matern. klagt nach dem Tode der stuprata aus großväterlicher Gewalt.

Berger[23] schiebt auch dem väterlichen Großvater die alternative Verbindlichkeit zu, Geld zu zahlen oder in seinem Hause die Erziehung seines natürlichen Enkels zu besorgen, und knüpft dann die allgemeine Regel daran:

> qui suo sumtu ad alendum infantem tenetur, ei etiam regulariter educatio non est deneganda;

wonach auch das kurfürstlich sächs. Kirchenconsistorium anno 1704 entschieden habe.

Mit derselben Entschiedenheit sehen wir bei Leyser den Satz hingestellt:

> Puerpera patrem infantis sui ex stupro nati ad alimenta sibi pro eo praestanda cogere nequit, siquidem hic ipse infantem educare et alere paratus est.[24]

Ja sogar in einem criminalrechtlichen Compendium, den Grundsätzen des peinlichen Rechts von Quistorp,[25] ist die Alternative dem stuprator nicht entzogen. Nur wird hinzugefügt, daß das Kind erst das 3. Jahr seines Alters zurückgelegt haben müsse, ehe der Vater es zu sich nehmen könne, und dabei verwiesen auf die Beiträge zur jur. Literatur in den preuß. Staaten (5. Samml. S. 131), wonach es scheint, daß im Preußischen sich eine derartige Praxis gebildet habe, aus welcher dann die Fassung des § 622. Tit. 2 Th. II. A. L. R. hervorgegangen sein mag.[26]

Wiederholt citirt zur Unterstützung der hier vertheidigten Meinung findet sich eine Dissertation, die mir leider nicht zu Gebote steht:

> Lindner: de obligatione alendi liberos illegitimos, Altorfii 1796. 4. § X.

Den Abschluß der ältern Literatur bildet nun Glück, dessen 28ster

---

23) Oeconomia iuris, ed. 7. edidit Winkler 1771. lib. III. tit. 11. th. 4. n. 7. pag. 613.

24) Med. ad P. Vol. XII (Giess. 1784) Suppl. Spec. XIV. de favore, qui praegnantibus et puerperis vulgo tribuitur, def. 1751 a Jo. Zeibig, Misn.

25) 1. Theil. 5. Aufl. 1794. § 482. p. 741.

26) Vgl. unten § 7.

Band der Erläuterungen 1826 erschien. Er stellt zwar zunächst (p. 201) den Satz hin, die Erziehung des Kindes sei der Mutter zu überlassen, „da uneheliche Kinder der Mutter angehörten" (das sequi der l. 19 u. 24 de statu hom.) Etwas inconsequent verkündet er aber sogleich im folgenden Satze das Gegentheil:

> Es wäre denn, daß der Vater sich zur Selbsterziehung erbieten sollte, und diese ist ihm dann zu überlassen (bes. wenn die Mutter nicht dazu fähig) oder das Kind, nach dem Verlangen des Vaters, einem Stande gewidmet werden soll, wozu es schlechterdings der Erziehung und Ausbildung von einem Manne bedarf.

Hierin liegt eine noch weitergehende Behauptung, als die von mir aufgestellte. Denn nach Glück's Worten muß man annehmen, er gestehe dem Vater überall das Recht zu, den Berufsstand seines Sohnes zu bestimmen, auch wenn dieser bei der Mutter erzogen und verpflegt werde. Und zwar soll für den Fall, daß dieser vom Vater ausgesuchte Berufsstand ein solcher ist, zu dem es einer Ausbildung bei einem Manne bedarf, schlechterdings der Mutter die Erziehung genommen werden, abgesehen hiervon aber auch dann, wenn der Vater Selbsterziehung beansprucht, wobei Glück gleichfalls die schon von Berger (s. oben p. 376) angeführte Regel anerkennt:

> Wer ein Kind auf seine Kosten zu ernähren verbunden ist, kann auch verlangen, daß ihm die Erziehung desselben überlassen werde.

Man darf übrigens wol annehmen, daß hierin auch der erste Fall mitinbegriffen sei. Uebernimmt der Vater die Erziehung des Sohnes nicht selbst, so wird es ihn auch nicht kümmern, welchen Berufsstand derselbe ergreift. So lange die Mutter aber die Verpflegung besorgt, kann man ihr auch einen entscheidenden Einfluß auf die Erziehung zu einem bestimmten Beruf nicht absprechen. Doch wird freilich in der Regel zur Wahl desselben noch Zeit genug sein, wenn die Alimentationsverbindlichkeit beendet ist, und der Sohn dann dabei seiner eignen Neigung zu folgen im Stande sein.

§ 5.

Neuere Literatur.

Nach den im vorigen § beigebrachten Belegen war Theorie und Praxis in der Entscheidung unserer Frage bis in das gegenwärtige Jahrhundert hinein fast vollkommen einig. Da aber inzwischen die Sentimentalität der Zeit das Delictsprincip erfunden hatte,[27] konnte es nicht fehlen, daß man bei der Durchführung desselben in die einzelnen Details auch in dem hier vorliegenden Punkte die herrschende Lehre angriff und zu stürzen suchte. Diese Aufgabe übernahm zunächst Kämmerer (in Elvers Themis II. p. 202 seq.). Seine Gründe lassen sich darauf zurückführen:

1) daß nach röm. Recht dem Vater nur über eheliche Kinder Rechte zustehen, uneheliche Kinder aber nur der Mutter folgen,

2) daß aus einer unerlaubten Handlung der Urheber für sich keine Rechte ableiten könne.

Indessen war hiermit die in der Praxis angenommene Meinung nicht über den Haufen geworfen. Als Vertheidiger derselben trat alsbald Spangenberg in dem 1. Bd. seiner Erörterungen[28] vor, welcher nach Bornemann's Urtheil[29] Kämmerer mit triftigen Gründen widerlegt. In demselben Jahre noch (1831) legte auch Heerwart[30] gegen diesen eine Lanze ein, im Allgemeinen der herrschenden Lehre beitretend. Gegen die beiden Argumente Kämmerer's führt er an (p. 445. 6)

1) die Unstatthaftigkeit röm. Citate, u.

---

27) v. Schröter: Zur Lehre v. d. Alim. der uneh. K., in der Gieß. Zeitschr. V (1831) n. 21. „Das Fundament des Delicts haben erst einige Neuere zur Beseitigung einiger Schwierigkeiten der Lehre erfunden."

28) Auch unter dem Tit.: Dr. Theod. Hagemann's Praktische Erört. aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. ꝛc. fortges. v. Ernst Spangenberg. B. IX. 1831.

29) In dem Ergänzungsblatt Nr. 57 (p. 453) zu der allg. Hallischen Literaturzeitung vom Juni 1833.

30) Im civ. Arch. XIV (1831) V 18. Abschn. 2. p. 442 seq.

2) daß es sich hier gar nicht um ein Recht, sondern darum handle, wie weit die Verbindlichkeit des Vaters gehe.

Die Controverse sei, meint er, überhaupt dadurch verwirrt, daß man die Erziehung des Kindes hineingemischt. Die Frage sei so zu stellen:

„Ist der Vater verpflichtet, unbedingt statt der Naturalverpflegung eine jährliche Geldsumme zu zahlen?"

Diese Frage verneint er nun, denn nach allgemeinen Grundsätzen habe der zur Alimentation Verpflichtete solche in natura zu leisten, cibus, potus, vestitus, tectum,[31] und in deren Ermangelung erst Geld zu zahlen.[32] Die Erziehung sei aber hievon zu trennen, sie könne trotz des Aufenthalts beim Vater von der Mutter besorgt werden.

Diese Trennung der Ernährungs- von der Erziehungsfrage scheint mir indessen nicht zu billigen. Es sind vielmehr beide dem Vater zuzusprechen, denn

einmal ist die Erziehung nicht blos Recht, sondern auch Pflicht und kann somit als in die Verpflichtung des unehelichen Vaters mitinbegriffen betrachtet werden, wie sie sich denn auch factisch, zumal in den jüngeren Lebensjahren, von der Ernährung schwer trennen lassen wird,

sodann aber, auch wenn man sie als Berechtigung auffaßt, warum soll nicht auch eine solche in dem verwandtschaftlichen Verhältniß gegründet sein, da sich doch in den meisten obligatorischen Verhältnissen Leistung und Gegenleistung gegenüber stehen, und in jedem der beiden Subjecte der Obligation sich Berechtigung und Verpflichtung zu finden pflegt.

Zur Widerlegung Heerwart's hat sich nun Busch herbeige-

---

31) l. 1. § 19. de ventre in poss. mittendo (37, 9) cf. l. 6. de alimentis vel cibariis legatis (34, 1) „Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest" etc.

32) l. 4. pr. de ventre in poss. mittendo (37, 9) Habitatio quoque, si domum defunctus non habuit, conducenda erit mulieri.

lassen.[33] Er erkennt an, daß der Gegenstand der Alimentationsverbindlichkeit allerdings cibus, potus etc. sei. Eine Ausnahme finde aber statt, wo jenem (dem Alimentationsverpflichteten) die Erziehung des Alimentenempfängers nicht zukomme. Dies führt er näher in 3 Sätzen aus:

1) Sogar der eheliche Vater müsse Alimentationskosten zahlen, wenn bei stattgefundener Ehescheidung die Erziehung der Frau überlassen sei, — nach nov. 117. c. 7.

2) Das Erziehungsrecht der Mutter würde darunter leiden, wenn ihr die Kinder aus dem Hause genommen würden.

3) Für den unehelichen Vater sei die Alimentationspflicht eine äußerst lästige, auch gehe seine Lieblosigkeit gegen das Kind und deren Mutter schon daraus hervor, daß er diese nicht eheliche.

Die Haltlosigkeit dieser Ausführungen liegt zu Tage, denn

ad 3. ist etwa der Mutter die Alimentation weniger lästig? und können nicht eben so gut oder noch eher andere Gründe die Heirath verhindern, z. B. die Liederlichkeit des Weibes, die Unbemitteltheit des Mannes?

ad 1., hier ist dem Vater ja als dem schuldigen Theil zur Strafe die Erziehung genommen; die Nov. sagt ausdrücklich: si pater occasionem separationis praebeat; will auf unsern Fall also gar nicht, auch nicht analog angewendet sein.

Den zweiten Punkt anlangend, so ist das Erziehungsrecht der Mutter eben die petitio principii. Wäre dasselbe zugestanden, würde in der That eine Zulassung der Naturalverpflegung höchst unzweckmäßig sein. Der Mutter vindicirt aber Busch das ausschließliche Erziehungsrecht deswegen, weil das uneheliche Kind in keinem persönlichen Verhältnisse zu seinem Erzeuger stehe (p. 235), der Grund der Obligation aber ledig-

---

33) Ueber den Grund der Verbindlichkeit des Erzeugers, sein uneheliches Kind zu ernähren. Von Herrn J. J. Busch, Regrath. in Arnstadt, im civ. Arch. XXIII. (1840) nr. 7. p. 216—239.

lich in der Thatsache der Erzeugung liege.[34] Wird aber das persönliche Verhältniß, dessen Dasein Busch leugnet, nicht gerade durch den Act der Erzeugung hervorgerufen? Welche Obligationen sollen denn dadurch begründet werden, als Vaterschaftsobligationen, Verbindlichkeiten aus einem persönlichen Verhältniß? Wie man sonst den Erzeugungsact als Obligationsgrund auffassen will, ist nicht abzusehen.[35] Ob man das Verhältniß des Erzeugers zum Kinde Verwandtschaft nennt oder nicht, ist, wie Heerwart bemerkt, am Ende nur noch ein Wortstreit.

Unberücksichtigt läßt Busch eine inzwischen über den Gegenstand erschienene Abhandlung, welche nicht haben benutzen zu können, ich um so mehr bedauern muß, als der Verfasser ganz auf dem von mir eingenommenen Standpunkte zu stehen scheint:

J. Scholz III., Ueber das Recht des Vaters, sein natürliches Kind in eigene Verpflegung u. Erziehung zu nehmen; im juristischen Magazin, Neue Folge, v. Gans, Scholz III. &c. Braunschweig 1836. 2. Heft. Nr. IV.

Aus den angeführten Abhandlungen, in denen also die Frage nicht zu einer endgültigen Ausgleichung gediehen, haben nun die Lehrbücher, so weit sie überhaupt Rücksicht auf jene nehmen, sich nach Belieben eine oder die andere Ansicht ausgesucht. Koch[36] geht vom Verwandtschaftsprincip aus und stellt demgemäß dem Verpflich-

---

34) Er adoptirt nämlich die Meinung v. Schröter's, die derselbe in der Gieß. Zeitschr. V. (1832) p. 313 ausgesprochen hat: „Das Resultat der bisherigen Untersuchung ist: daß, nach heutigem Rechte, der Erzeuger eines unehelichen Kindes durch die Thatsache der Erzeugung eine wahre mit keiner weiteren persönlichen Relation zu dem Kinde rechtlich verbundene, selbständige Obligation auf Alimentation desselben contrahirt."

35) Man müßte ihn denn, um einen Obligationsgrund daraus zu machen, als eine concludente Handlung auffassen, in welcher der Erzeuger seinen Willen documentire, dem Erzeugten gegenüber eine rechtsgültige Verbindlichkeit einzugehen.

36) Recht der Forderungen III. Bresl. 43. S. 27. 28.

teten die Alternative frei. Holzschuher[37] will, da auf Grund der röm. Stellen uneheliche Kinder nach seiner Meinung der Mutter angehören, dem Vater nur aus besondern Gründen die Erziehung überlassen, wobei er etwas kritiklos den Glückschen Satz annimmt, ein solcher besonderer Grund liege dann vor, wenn das Kind nach Verlangen des Vaters einem solchen Stand gewidmet werden soll, wozu schlechterdings männliche Erziehung und Ausbildung nöthig sei. In Einem Athemzuge wird also dem Vater das Erziehungsrecht ab- und doch das Wahlrecht hinsichtlich des Berufsstandes seines Sohnes zugesprochen. Sintenis, nicht viel consequenter, stimmt der Vangerowschen Ausführung über das Paternitätsprincip zu,[38] schreibt dagegen von Busch den Satz ab, daß es an einem persönlichen Verhältniß fehle, aus dem der Vater ein Recht der Erziehung beanspruchen könnte.[39]

Sonach können uns die vereinzelten Angriffe, die in neuerer Zeit gegen die ehedem herrschende Meinung unternommen sind, von der Grundlosigkeit dieser keinesweges überzeugen.

§ 6.

Fälle, in denen die väterliche Berechtigung cessirt.

Sind wir so zu der älteren Lehre zurückgekehrt, daß der Ernährungspflicht des unehelichen Vaters auch ein Erziehungsrecht desselben entspreche, so sind doch verschiedene Umstände zu erwägen, durch welche dies Recht eine Schmälerung erleiden muß:

1) in thatsächlichen Verhältnissen beruhende, namentlich in Ansehung des Charakters und der Verhältnisse des Vaters;

2) juristische, nämlich vorhergegangener Vergleich (nach einigen auch vorangegangenes Urtheil).

Bei den ersterwähnten Umständen fragt es sich nun zunächst:

---

37) Theorie u. Casuistik I (1843) p. 437. II. b. (1847) p. 961.

38) l. c. III. p. 100. not. 40.

39) l. c. p. 140. not. 60.

Welcher Richter soll über den Verbleib des Kindes entscheiden, der Vormundschafts- oder der Proceßrichter? Man wird sich für das erstere entscheiden müssen, sowohl wenn man die Analogie des Erziehungsrechtes nach geschiedener Ehe[40] ins Auge faßt, als auch wenn man die römischen Bestimmungen über die Erziehung der Pupillen ansieht. In den beiden früher angeführten Stellen unseres Digestentitels ist vom praetor und praeses prov. die Rede — beides die höchsten Justizmagistrate, die nach ihrem Arbitrium im Wege der causae cognitio entscheiden —, nicht aber von einem zur Proceßentscheidung delegirten iudex privatus. Bei erfolgender Ehescheidung ist es zwar Sache des Ehescheidungsrichters zu erkennen, welcher Theil für den Schuldigen zu halten, und hiernach regelt sich dann eo ipso durch nov. 117 c. 7 das Erziehungsrecht. Konnte aber solche bestimmte Entscheidung nicht getroffen werden, oder kommen nach der Scheidung Umstände vor, welche eine Aenderung des Aufenthalts und der Erziehung der unehelichen Kinder wünschenswerth machen, so ist hierüber zu entscheiden sicher nur der Vormundschaftsrichter competent. Aus der ganzen amtlichen Stellung des Proceßrichters, welcher an die Anträge und Ausführungen der Parteien gebunden, und nicht von Amtswegen unter selbständiger Prüfung der Umstände, Besorgnisse und Zweckmäßigkeitsgründe verfahren darf, ergiebt sich der Natur der Sache nach, daß in unserer Frage immer nur an den Vormundschaftsrichter als den allein competenten zu denken sei.

Sehen wir also in Sachen der Erziehung dem Richter ein Ermessen eingeräumt, bei welchem das an und für sich geltende väterliche oder mütterliche Recht nicht berücksichtigt wird, so ist hierunter stets der Vormundschaftsrichter zu verstehen.[41] Der Proceß-

---

40) Diese Analogie befolgt strict das A. L. R. s. Koch l. c. S. 27.

41) Z. B. bei Leyser l. c. med. 36: „Iudex si animadverterit, infantem magis apud matrem, quam apud patrem morari debere, aliud decernere, et matri infantem relinquere, patrem vero ad alimenta praestanda damnare potest. (37) ex iustissima scilicet causa. — cf. l. 1. § 5. de lib. exh. „.. ex iustissima causa.. matri subveniendum erit per exceptionem.“ —

richter hat, wenn eine Anordnung der Obervormundschaft vorliegt, sich an diese zu halten. Liegt eine solche nicht vor, so wird er weit entfernt sein, an deren Stelle selbst durch eine ausführliche causae cognitio zu entscheiden, sondern lediglich nach allgemeinen Grundsätzen zu urtheilen haben, d. h. der Klage des Vaters auf Herausgabe des Kindes zur eignen Verpflegung und Erziehung stattgeben,[42] und gleicherweise die Klage der Mutter auf Alimentenzahlung abweisen müssen, wenn der Vater erweislich sich von vorn herein erboten, das Kind zu sich zu nehmen; ihr Alimente wenigstens nur bis zu dem Momente zubilligen dürfen, wo der Vater jenes Anerbieten gemacht. Denn Namens des Kindes kann sie für diese Zeit nicht klagen, da nur alimentorum futurorum, non etiam praeteritorum ratio habenda est,[43] in eigenem Namen ex capite neg. gest. aber deswegen nicht, weil ausdrücklich prohibirt war,[44] indem der uneheliche Vater diese seine Geschäfte selbst zu führen sich erbot.

Von welchen Rücksichten sich nun die obervormundschaftliche Behörde leiten zu lassen haben wird, muß man offenbar nach Analogie der Entscheidung bei Pupillen oder bei ehelichen Kindern beurtheilen:

> solet ex persona, ex conditione et ex tempore statuere (praetor), ubi potius alendus sit, et nonnunquam a voluntate patris (scil. testamentaria) recedit Praetor—id agere Praetorem oportet, ut sine ulla maligna suspicione alatur partus et educetur (l. 1. § 1. ubi pupillus. 27, 2).

Die Neueren stellen denn auch allgemein die Entscheidung dem „richterlichen u. obervormundschaftlichen Ermessen" anheim, cf. not. 17. p. 18 oben.

42) Dieser Fall wird praktisch selten sein, man muß ihn indessen für praktisch möglich u. zulässig erklären, denn das neuere Recht kennt keine Rechte, welche bloß durch Einrede geltend gemacht werden. Dies ist zwar nirgend ausdrücklich anerkannt, läßt sich aber aus manchen Andeutungen schließen. (cf. die in meiner Diss. de impensis, Vratisl. 1861. p. 14. 15. not. 19. 20 gegebenen Nachweisungen.)

43) Berger, oecon. iur. p. 614.

44) l. 8. § 3. N. G. (3, 5).

Die l. 3. § 5. de lib. exh. erwähnt sodann die nequitia patris, wegen deren dieser die Erziehung verloren habe. Es ist also hier dem administrativen Ermessen, wo eine maligna suspicio, eine nequitia vorliege, nach Lage der Dinge der größte Spielraum gelassen. Unter andern dürfte hier wohl zu berücksichtigen sein, ob der stuprator das Kind freiwillig als das seinige anerkannt, oder ob die Feststellung der Vaterschaft erst durch Urtheil habe erfolgen müssen. Im letzteren Fall würde man wol eher eine etwaige Besorgniß hegen können, in diesem aber auch selten von dem Vater der Anspruch auf die Erziehung des Kindes erhoben werden.

Bestritten ist nun, welchen Einfluß es habe, wenn der Erzeuger durch Erkenntniß zu Geldleistungen zum Zwecke der Ernährung des unehelichen Kindes verurtheilt ist. Koch, a. a. O. S. 28, behauptet, es bedürfe über die Zuständigkeit der Wahl, wenn dieselbe auch in dem über die Alimentationsverbindlichkeit ergangenen Urtheil nicht vorbehalten sei, gar keines richterlichen Urtheils. Es könne also auch, wenn das Erkenntniß auf Geldleistung gestellt sei, der Vater das Kind der Mutter abfordern und sich damit der Verbindlichkeit zu weiteren Geldzahlungen entledigen. Sowie die Mutter sich dessen weigere, könne sie keine Alimente mehr fordern.[45] Dieselbe Meinung vertheidigt Glück in den Blättern für Rechtsanwendung von Seuffert und Glück, B. II. S. 103, es sei im Erkenntnisse nur die Verbindlichkeit gegen das Kind als Hauptsache, der modus dieser Leistung dagegen als zufällige Nebensache zu betrachten, und in dieser Beziehung keine Rechtskraft des Erkenntnisses anzunehmen.

Es zeichnet sich diese Deduction, welcher auch Busch[46] beitritt, durch Consequenz aus und dürfte wohl gegen den Einwand der

45) Er citirt noch Kretschmann, de stupro voluntario § 121, und fügt die nähere Anweisung hinzu, der Vater müsse sich bei der Mutter einfinden, das Kind abzuholen, da diese nicht schuldig sei, es auf ihre Kosten hinzuschaffen.

46) In seiner theor. pract. Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen gegen ihre Verführer und der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger. Ilmenau 1828. Abth. II. S. 370.

Gegner geschützt sein, man dürfe dem Gläubiger nicht aliud pro alio aufdringen, und der Verpflichtete hätte sich deswegen in der Verhandlung um so mehr zu prospiciren, als auch der dem Rechte der Mutter entsprechende Theil des Urtheils ein nicht unwesentlicher sei; wider den Willen dieser dürfe nun die Verpflegung auf andere Weise nicht mehr beschafft werden.[47] Gläubiger ist aber das Kind, wenigstens in Betreff der alimenta futura, und da anerkanntermaßen die Geldprästation lange nicht ausreicht, so leuchtet ein, daß, wenn der Vater das Kind zu sich nimmt, er damit die eigentliche in dem Judicat ausgedrückte Verbindlichkeit erfüllt, für welche die namhaft gemachte Summe nur die Fixirung des Quantums enthält auf den in der Regel eintretenden Fall, daß man sich zu dem kümmerlichen Surrogat der Geldleistung seine Zuflucht zu nehmen genöthigt sieht. Von einer Verletzung der res iudicata kann also nicht die Rede sein.

Dem Vergleiche wird man hier indessen eine größere Kraft beizumessen haben. Macht sich der Vater durch einen solchen verbindlich, der Mutter für die Verpflegung des Kindes gewisse Jahre hindurch eine bestimmte Summe zu zahlen, so muß man sagen, daß er sich dadurch der ihm zustehenden Wahl im Voraus begeben.[48] Von solchem Vertrage, der einen Verzicht involvirt, kann er allerdings einseitig nie zurücktreten. Dies führt auch Spangenberg a. a. O. aus, durch die Verzichtleistung auf das zuständig gewesene Wahlrecht sei die bisherige alternative Obligation in eine einfache auf Zahlung verwandelt. Weiter dagegen ist Bornemann gegangen, welcher in seiner Recension Spangenberg's a. a. O. die Unterscheidung aufstellt, ob der Schwängerer ein für alle mal eine bestimmte Geldsumme oder bloße Terminszahlungen versprochen habe. Im erstern Falle könne er sich allerdings von seinem Versprechen nicht wieder los machen, dagegen liege im zweiten nur ein bedingtes Ver-

---

47) Holzschuher, l. c. I. S. 438. II. b. S. 982. Spangenberg, Erört. I. Nr. 11.

48) Koch l. c. p. 28. not. 16.

sprechen vor, so lange (jährlich, vierteljährlich, monatlich) zahlen zu wollen, als das Kind von der Mutter ex propriis ernährt werde. So künstliche Hintergedanken darf man dem Vergleichschließenden aber doch wohl nicht unterschieben. Holzschuher macht daher mit Recht dieser Unterscheidung den Vorwurf der Inconsequenz.[49] Diese tritt noch mehr hervor, wenn man die Holzschuhersche Bemerkung berücksichtigen will, gewissenhafte Eltern würden bei der Schließung solchen Vergleichs mehr als an das Pecuniäre in der Sache daran denken, bei wem das Kind zu erziehen sei; und diese Frage sei indirect dadurch mit entschieden, daß der Vater der Mutter jährlich eine bestimmte Summe für die Verpflegung ihres Kindes zu geben verspreche.

Sei nun aber auch in einem Urtheil der Vater zu Geldleistungen loco alimentorum verurtheilt, oder sogar durch Vergleich der Mutter die Verpflegung zugesprochen, so muß es nichts desto weniger dem obervormundschaftlichen Ermessen unbenommen bleiben, von diesem Urtheil und Vergleich wieder abzugehen, wenn es Gefahr für das Kind in dessen Aufenthalt bei der Mutter sieht, und es kann nach den Umständen dem Vater oder sogar einem Dritten die Erziehung auftragen.

§ 7.

III. Anhangsweise ist von den Particularrechten zu bemerken:

Das österr. G.-B. Th. I. Kap. III. § 168 räumt das Erziehungsrecht der Mutter ein, und der Vater muß ihr Verpflegungskosten reichen, solange nicht bei ihr das Wohl des Kindes Gefahr läuft. Es ist also den neueren unter dem Einfluß der Delictstheorie entstandenen Meinungen gefolgt.

Dagegen hat das A. L. R. an dem alternativen Rechte des Vaters festgehalten. Es bestimmt in Th. II. Tit. 2.

---

49) l. c. II. b. p. 963.

§ 622. Nach zurückgelegtem vierten Jahre hängt es von der Wahl des Vaters ab, die Verpflegung und Erziehung des Kindes selbst zu besorgen, oder sie der Mutter auf seine Kosten ferner zu überlassen.

§ 623. Will die Mutter die Erziehung und Verpflegung des Kindes auf ihre alleinigen Kosten übernehmen: so hat der Vater kein Recht zum Widerspruche.

In den folg. §§ finden wir dann detaillirte Anweisungen für das vormundschaftliche Gericht, und hierbei wird in § 625 ausdrücklich auf die §§ 98 seq. ejusd. tit. verwiesen, wo von der Kindererziehung nach Scheidung der Eltern die Rede ist. Der § 622 enthält eine schon oben [50] angedeutete Modification, § 623 eine erheblichere Abweichung von dem von mir vertheidigten gemeinrechtl. Princip, welche sich aus praktischen Gründen wohl empfehlen mögen, wenngleich kaum zu erwarten ist, daß die in § 623 vorgesehenen Fälle überhaupt in praxi vorkommen werden.

Daß nun der Vater durch das Anerbieten, das Kind zu sich zu nehmen, der Leistung der Alimente in Gelde entgehen kann, ist aber auch in andern Particularrechten häufig festgesetzt, oft mit der eben kennengelernten landrechtlichen Modification, daß das Kind erst ein gewisses Alter, i. d. R. den Beginn des fünften Lebensjahres erreicht haben müsse, ehe der Vater es zu sich nehmen könne.[51]

Nach der Theorie des gemeinen Rechtes dürfte die hier angenommene Meinung eben durch die angeführten Bestimmungen der Particularrechte einige Bestätigung finden.

---

50) Oben § 4 p. 376.

51) Sintenis l. c. p. 140, u. ebendaselbst not. 61.

XI.

Ueber die Lage des prätorischen Tribunals.

Von **Theodor Mommsen.**

In der Zeitschrift für Rechtsgeschichte II. S. 67 fg. hat kürzlich Dernburg zu beweisen versucht, daß die von mir aufgestellte und in den späteren Untersuchungen von Reber und Detleffen wesentlich festgehaltene Ansicht über die Lage des Comitiums nicht die richtige, dasselbe nicht unter dem Capitol, sondern, wie früher angenommen wurde, am andern Ende des Forums gegen den Titusbogen zu anzusetzen sei. Wie es nicht anders sein kann bei Hypothesen dieser Art, die, wenn auch zunächst auf eine einzelne Oertlichkeit gerichtet, doch die Umlegung einer großen Anzahl vielgenannter Localitäten mit Nothwendigkeit nach sich ziehen, erstreckt sich die Dernburgsche Untersuchung über die ganze Topographie des römischen Forums. Hier soll nur derjenige Punkt eingehend erörtert werden, von dem Dernburg ausgeht und der für den Juristen auch das meiste Interesse hat, die Lage des prätorischen Tribunals.

Allerdings könnte die besondere Erwägung dieser Frage insofern wohl unterbleiben, als das von Dernburg beigebrachte Argument keineswegs neu, sondern von den Vertretern der Ansicht, die das Comitium am untern Ende des Forums ansetzt, längst geltend gemacht ist. „Eine solche Lage des Comitium," sagt zum Beispiel W. A. Becker (Handbuch I. S. 280), „ist auch darum nothwendig, weil auf demselben sich das ursprüngliche tribunal praetoris befand — — bei dem Tribunal aber war das Puteal Li-

bonis oder Scribonianum und dieses wird ausdrücklich als in der Nähe des fornix Fabius und des atrium Vestae, auch der rostra, endlich der aedes divi Iulii angegeben." In dieser auch von Dernburg wie billig angeführten Stelle ist alles Wesentliche schon gesagt. Eben hierauf bezieht es sich, daß Horaz in der bekannten Satire (1, 9) dem nicht gesuchten Begleiter am Vestatempel zu entrinnen hofft, weil dieser hier als Partei in einem Prozeß zu thun hat;[1] was übrigens auch schon von den Auslegern zu dieser

1) Die große Schwierigkeit, den in diesem zierlichen Gedicht erzählten Vorfall mit den Regeln des römischen Rechts in Einklang zu bringen, steht mit der hier behandelten Frage in keinem Zusammenhang. Ich stimme Dernburg in der Hauptsache darin gegen Hartmann (Contum. verf. S. 83) bei, daß der Schwätzer nur als Beklagter gedacht werden kann; entscheidend ist dafür der Schluß, wo ihn der Gegner, nachdem er antestirt hat, vor Gericht schleppt (in ius rapit). Es ist in der That unbegreiflich, wie man dies damit erklären kann, daß die beklagte Partei den Kläger vorbeigehen sah „und nun ihrerseits keine Lust gehabt habe länger zu warten", und überhaupt anders als durch die Anfangsworte der zwölf Tafeln: si in ius vocat ni it, antestamino, igitur em capito, die Horaz offenbar im Sinne gehabt hat, als er dies schrieb. Damit stimmt auch das respondere V. 36 überein, das ja lediglich vom Beklagten und für diesen technisch gebraucht wird, wie dies Bentley zu dieser Stelle mit zahlreichen Anführungen belegt hat. Einige Schwierigkeit macht vadato, da dies Particip wie es scheint sonst stets passive Bedeutung hat, und nicht ohne Ursache änderte Bentley deshalb vadatus; doch läßt sich auch ohne Textänderung dem Sinne nach zu demselben Ergebniß gelangen, indem man entweder vadato hier activ faßt = ei, qui vadatus est, vades sumpsit, oder, was mir besser scheint, nach Reisigs Vorschlag, vadato adverbial nimmt = facto vadimonio nach Analogie von testato, consulto, auspicato, nec opinato und ähnlichen Ausdrücken. Aber die Hauptschwierigkeit liegt in perdere litem (V. 37), womit rem relinquere (V. 41) synonym ist; wie können die auf das Ausbleiben gesetzten Rechtsfolgen, hier zunächst die aus dem vadimonium desertum entspringende Conventionalstrafe, vernünftiger Weise bezeichnet werden als Einbuße des Streitgegenstandes? Die befriedigendste oder, wenn man will, die am wenigsten unbefriedigende Antwort hierauf hat Heindorf oder vielmehr Savigny im Commentar zu dieser Stelle gegeben, indem er annimmt, daß das fragliche Vadimonium gestellt war auf quanti ea res erit, was auch bei gerichtlichen Vadimonien vorkam (Gai. 3, 224. 4, 186), bei den außergerichtlichen aber, wie das unsrige gewesen zu sein scheint, wohl Regel war (Keller Civilprozeß S. 195). Hier fiel die Condemnation aus dem Vadimonium materiell zusam-

Stelle, zum Beispiel von Kirchner hervorgehoben ist. Es hätte sich noch weiter beibringen lassen die Stelle Ciceros pro Caec. 6, 14, wo er den Frauenadvokaten unter andern Dingen contritus ad Regiam nennt; denn der Zusammenhang fordert hier eine Beziehung nicht auf Verwaltung von Geschäften für die Frauen überhaupt, sondern speciell auf deren Vertretung vor Gericht. Daß das vornehmste römische Civilgericht oder, was dasselbe ist, das Tribunal des römischen Stadtprätors in der ciceronischen und augusteischen Zeit unweit des fabischen Schwibbogens vor dem Vestatempel und dem Königshaus sich befunden hat, ist längst jedem bekannt, der sich mit der römischen Topographie eingehend beschäftigt hat; und ebenso gewiß ist es, daß das Tribunal ursprünglich auf dem Comitium aufgeschlagen zu werden pflegte.

Woraus aber folgt, daß jenes Tribunal am Vestatempel das ursprüngliche ist? Daß das Tribunal des Stadtprätors schon in der republikanischen Zeit verlegt worden, ist an sich nichts weniger als unwahrscheinlich, da ja von Rechtswegen der Prätor an jedem

men mit der Verurtheilung in der Hauptsache; ohne Zweifel war es auch, wenn nicht rechtlich nothwendig, doch üblich in diesem Fall nach Einklagung des Vadimonium die Hauptsache nicht weiter zu verfolgen. Demnach konnte man hier sagen, daß der Beklagte das Prozeßobject aus einem formalen, nicht in dem Rechtsverhältniß selbst, sondern in der mangelhaften Wahrung desselben liegenden Grunde einbüße, was eben der Sinn ist von litem perdere. Es hat dann auch kein Bedenken, daß dieser Ausdruck sonst nur vom Kläger vorkommt (s. Dirksen unter perdere); denn dies beruht bloß darauf, daß die vom Kläger begangenen Fehler regelmäßig, die vom Beklagten begangenen dagegen nur in diesem ganz besonderen Falle den Verlust des gesammten Streitobjects herbeiführen. — Seltsam ist es auch, daß, obwohl der Beklagte Vadimonium gemacht hat, es doch zur in ius vocatio kommt. Kann auch eine sei es elective, sei es cumulative Concurrenz der in ius vocatio mit der poena deserti vadimonii für denselben Termin nicht gerade als rechtlich unmöglich bezeichnet werden, so gestehe ich doch, daß mir die eine wie die andere große Schwierigkeit macht; die natürliche Auffassung bleibt immer die, daß, wer Terminbürgen gestellt hat, für diesen Termin nicht der handgreiflichen Gestellung unterliegt. Die grammatisch nicht unzulässige Annahme, daß respondere vadato (adverbial) so viel heiße als respondere vadimoniumque facere, also das Vadimonium erst für den nächsten Termin gestellt werden soll (Gai. 4,184), würde bei der Erklärung des litem per-

Orte sein Tribunal aufschlagen konnte[2] und die mannichfaltigen Anlagen auf und an dem Comitium, vornämlich die Erweiterung der Curie durch Sulla, einerseits so wie andrerseits die bei der steigenden Zahl der Prozesse gewiß höchst nöthige Vergrößerung des frequentesten Tribunals eine solche Verlegung nahe genug legen mußten. So würde man argumentiren, wenn über die Verlegung der Gerichtsstätte von ihrem ursprünglichen Platze gar nichts überliefert wäre; allein auch an bestimmten Zeugnissen fehlt es keineswegs. Schon Varro deutet an, daß das Comitium ehemals für Volksversammlungen und Prozesse gedient habe (de l. l. 5, 155: comitium ab eo, quod coibant ibi comitiis curiatis et litium causa); und ausdrücklich sagt der durchaus glaubwürdige Porphyrio (zu Horaz sat. 1, 19, 8): Puteal Libonis sedes praetoris fuit prope arcum Fabianum, dictum quod a Libone illic primum tribunal et subsellia collocata sunt. Wer dieser Libo war, wissen wir freilich ebenso wenig als wer der Urheber des aurelischen Tri-

dere in noch viel ärgere Schwierigkeiten verwickeln; es bleibt also wohl nichts übrig als die Auskunft, daß der Dichter, dem im ersten Fall das Vadimonium, im zweiten die handgreifliche in ius vocatio für den Effect paßte, ungenau in seine Erzählung zwei eigentlich sich ausschließende Dinge verflochten hat.

2) Dernburg S. 83 fg. leugnet dies, aber gewiß mit Unrecht. Denn es ist dafür ein vollgültiger Beweis, daß, als Hannibal in Campanien stand, ausnahmsweise, aber nicht, wie Dernburg meint, im Drange der höchsten Noth, sondern lediglich um der Bürgerschaft durch solche Sicherheit zu imponiren, die Prätoren in diesem Jahre ihre Tribunale an einem Orte — es scheint vor dem Thore — aufschlugen, der den Streifereien des Feindes am ersten ausgesetzt war (Liv. 23, 32). Auch wird ja selbst für das iudicium legitimum keineswegs gefordert, daß es auf dem Comitium eingeleitet werde, sondern nur, daß es innerhalb des ersten Meilensteines stattfinde (Gai. 4,104). Ueberhaupt aber ist gar nicht abzusehen, aus welchem Grunde der römische Magistrat, der doch außerhalb Rom Recht sprechen durfte, innerhalb der Stadt an einen bestimmten Fleck gefesselt gewesen sein soll. Endlich gab es nicht bloß ein Tribunal in Rom, sondern eine ganze Anzahl, die weder nach den überlieferten Angaben noch auch nur dem Raume nach alle auf dem Comitium untergebracht werden können. — Ebenso wenig waren die Curiatcomitien verfassungsmäßig an das Comitium gebunden; sie konnten überall intra pomerium, namentlich auch auf dem Capitol gehalten werden. Daß sie einmal in Thessalonike stattfanden, sagt übrigens Dio 41, 43 nicht, sondern das Gegentheil.

bunals gewesen ist; er mag in Sullas Zeit fallen, wie denn auch das aurelische Tribunal ungefähr um diese Zeit errichtet wurde (Cic. pro Cluent. 34, 93), oder auch noch älter gewesen sein. Aber dem sei wie ihm wolle, einer so bestimmten Angabe gegenüber, daß irgend jemand aus dem alten plebejischen Geschlecht der Scribonii Libones an dieser Stelle ein Tribunal zuerst angelegt habe, ist es einigermaßen befremdend, daß die Identität dieses Tribunals und des ursprünglichen von Dernburg als selbstverständlich vorausgesetzt wird.

Allerdings ist nicht zu übergehen, daß auch das ursprüngliche Tribunal auf dem Comitium mit einem Puteal, freilich nicht dem scribonischen, in Verbindung gebracht wird: unweit des ruminalischen Feigenbaumes, da wo Attus Navius den Wetzstein mit einem Scheermesser gespalten hatte und diese vergraben waren, unmittelbar vor der Curie und nicht weit von den Rostren, am Tribunal befand sich ein Blitzgrab[3]. Ohne Zweifel muß es auf den ersten Blick seltsam erscheinen, daß beide Tribunale, das alte wie das scribonische, mit einem Puteal in Verbindung gebracht werden und dennoch verschieden gewesen sein sollen. Indeß dies Bedenken hebt bei näherer Erwägung sich leicht. Zahlreiche Thatsachen beweisen, daß die römische Straßenverwaltung vor allen Dingen bemüht gewesen ist, die Fläche des Marktplatzes von solchen Baulichkeiten freizuhalten, die bei den

3) Des Blitzgrabes an dieser genau bezeichneten Stelle gedenken Dionysios (3, 71: *καλεῖται δὲ φρέαρ ὁ τόπος ὑπὸ τῶν Ῥωμαίων*), Cicero de div. 1, 17, 33, Plinius h. n. 15, 18, 77, die Scholien des Cruquius zu Horaz sat. 2, 6, 35, ad puteal cras . . . alii dicunt fuisse pro rostris, ubi fuit tribunal praetoris und der Scholiast zu Cic. pro Sest. 8, 18 (vgl. zu 58, 124): puteal erat locus in vicinia fori, ubi erat columna etiam Maenia. Wahrscheinlich ist der Altar, unter dem nach Dionysios das Scheermesser vergraben war, mit dem Puteal identisch; es gab vermuthlich verschiedene Traditionen über die Entstehung dieses Heiligthums wie bei dem curtischen Becken. In der ersten und vierten Stelle wird in derselben Verbindung auch das Tribunal erwähnt. Die Rostra des Schol. des Cruquius sind also nicht, wie Detlefsen (ann. dell' inst. arch. 1860 p. 136) meint, die julischen, sondern die der Republik, die ja hart an die Curie stießen. Wie die einzelnen Localitäten zu ordnen sind, kann hier nicht untersucht werden.

Volksversammlungen und besonders bei den Spielen störend gewesen sein würden; weshalb namentlich eben die Tribunale noch in der ciceronischen Zeit regelmäßig von Holz aufgeschlagen wurden[4], offenbar um nöthigenfalls weggenommen werden zu können. Eine unvermeidliche Ausnahme aber machten die Stellen, wo der Blitz eingeschlagen hatte; diese wurden dem Ritual zufolge heilig und durften nicht bedacht, sondern mußten mit einem runden, einer Brunnenöffnung vergleichbaren Steinring umschlossen werden, wie ihn uns die bekannte Münze des Libo darstellt. Dieser Art waren die Putealien des Navius und das scribonische; ja auch das sogenannte curtische Becken war nach der Ansicht sehr kundiger Forscher eben auch ein in dem Consulat des Curtius 309 geweihtes Puteal (Varr. 5, 150). Es war nichts natürlicher, als daß die Tribunale um und an diesen Putealien aufgebaut wurden; diese letzteren Plätze waren ja nun doch einmal dem Verkehr entzogen und die religiösen Vorschriften hinsichtlich derselben auch bei der Construction bretterner Estraden leicht einzuhalten, selbst wenn man sie dahin auslegte, daß das Blitzgrab nicht einmal durch ein wegzunehmendes Brettergerüst bedacht werden dürfe. Es hat also nichts befremdendes, daß an dem navischen Puteal das alte, an dem scribonischen das neue Tribunal des Stadtprätors sich befand, ja daß der gewöhnliche Sprachgebrauch puteal gewissermaßen für die Gerichtsstätte selbst setzt[5], sondern es beruht dies auf dem durch die Verhältnisse motivirten Zusammenhang der Tribunale mit den Putealen.

---

4) So wurde Clodius Leiche in der Curie verbrannt subselliis et tribunalibus et mensis et codicibus librariorum (Asconius in Milon. p. 34). Vatinius ließ, als die Tribunen sich an der Curie aufgestellt hatten, um die Losgebung des Consuls Bibulus bei seinem Austritt aus derselben zu bewirken, vor den Rostren durch Zusammenschiebung der Tribunale ein Gerüst herstellen und über dieses hin den Consul ins Gefängniß abführen (Cic. in Vatin. 9, 21). Becker S. 324.

5) So steht puteali ac feneratorum gregibus inflatus bei Cicero pro Sest. 8, 18; adesse ad puteal bei Horaz sat. 2, 6, 35; puteal Ianumque timere bei Ovid rem. am. 561; puteal multa cautum vibice flagellare bei Persius 4, 49. Gemeint ist hier zunächst ohne Zweifel überall das puteal Libonis, das ja Ho-

Die übrigen von Dernburg in zweiter Reihe beigebrachten Argumente erledigen sich leicht. Das Comitium ist ohne Zweifel sehr alt; aber dasselbe bereits mit der palatinischen Stadt zu verbinden ist unmöglich, aus dem einfachen Grunde, weil die Dingstätte nicht außerhalb der Ringmauer gelegen haben kann und Forum und Comitium nicht von der palatinischen, sondern erst von der servianischen Mauer eingeschlossen werden. — Plutarchs Darstellung (Rom. 18), daß der Kampf der Römer vom Palatin und der Sabiner vom Capitol durch die sich dazwischen werfenden Frauen unterbrochen worden, als die erst zurückgedrängten Römer wieder bis zur Regia und zum Vestatempel vorgedrungen seien, verträgt sich mit jeder Auffassung; das Auseinandertreten der Streiter, das Zusammentreten der Führer auf irgend einem Punkte zwischen Palatin und Capitol sind die örtlich entscheidenden Momente, und diese hat Plutarch nicht weiter ausgemalt. — Wenn Cäsar als Aedil außer dem Comitium und dem Forum und den Basiliken (praeter forum ac comitium basilicasque) auch das Capitol ausschmückte (Suet. Caes. 6), so werden hierin keineswegs die Basiliken in engere Verbindung mit dem Forum gesetzt als mit dem Comitium; ac — que stehen gänzlich parallel und lediglich der Abwechselung wegen (Reisig lat. Sprachwiss. § 235 a. E.). — Etwas mehr Schein hat die Stelle des Livius 27, 50. Das Schreiben mit der Kunde von dem Siege bei Sena, das natürlich auf der flaminischen Straße nach Rom gebracht ward, wird über das Forum (per forum) zum Tribunal des Prätors hingetragen, worauf die Senatoren aus der Curie stürzen und das Volk vor der Thür derselben zusammenströmt. „Wäre das Comitium", sagt Dernburg, „die Curie, das Tribunal am Fuß des Capitols zu suchen, so wären die Boten unmittelbar bei ihrer Ankunft am Forumsplatz auf diese ihre Bestimmungsorte gestoßen. Wie hätte dann Livius sagen können, jene Botschaft sei durch das Forum hindurch gebracht worden, was weit mehr ausdrückt, daß sie die Länge des Forums durchmessen

raz in der Parallelstelle epp. 1, 19, 8 ausdrücklich nennt. Daß die Scholiasten zuweilen das ältere Tribunal heranziehen, ist begreiflich.

mußten?" Per forum heißt nichts weiter als 'über den Marktplatz', gleichgültig ob in der Längen- oder in der Breitenrichtung. Der gewöhnliche Weg von der flaminischen Straße zum Forum führte durch das Marsfeld und den flaminischen Circus zum carmentalischen Thor und von da durch die Tuskerstraße auf den Marktplatz, den man zunächst auf seiner dem Palatin zugewandten Längenseite erreichte. Die Curie lag aber an der entgegengesetzten Langseite und so mußte, wer zu dem Tribunal und der Curie hinging, allerdings quer über den Marktplatz gehen. Diese Stelle bestätigt also lediglich die oben aufgestellten Ansichten, ist aber wichtig, weil sie die Lage des älteren Tribunals unmittelbar vor der Curie feststellt[6]. — Was Livius 27, 36 von der Ueberdeckung des Comitium mit Segeltüchern berichtet, giebt topographisch gar keinen Aufschluß; die Behauptung übrigens, daß man bei Spielen den Platz für die Zuschauer eher überschatten werde als den für die Bühne, wird durch jedes Sommertheater widerlegt. — Wenn endlich in der bekannten Parabase aus dem plautinischen Curculio besonders darauf Gewicht gelegt wird, daß hier das forum infimum als Gegensatz des comitium erscheint, während doch das alte Pflaster am Faustinatempel heutzutage etwa 16 Fuß höher liegt als bei der Phokassäule, so ist dabei die Planirung der Velia übersehen worden, die nothwendiger Weise eine Aufhöhung des der Velia zugewandten Theiles des Marktplatzes nach sich ziehen mußte. Wie bedenklich es ist aus den Niveauverhältnissen der kaiserlichen Zeit auf diejenigen der plautinischen und der noch früheren Zeit zurückzuschließen, haben die neuesten Ausgrabungen am Palatin gezeigt, wo an der dem Titusbogen zugewandten Seite in ungeahnter Tiefe uraltes Straßenpflaster zum Vorschein gekommen ist.

Dies sind die von Dernburg für seine Ansicht beigebrachten Gründe. Wenn er nach deren Darlegung sich dazu wendet die von der anderen Seite vorgebrachten Argumente zu prüfen und zu widerlegen, so kann es wohl hier unterbleiben ihm auch auf diesem Wege zu folgen.

---

6) Vgl. Liv. 45, 2: Legati — in forum ad tribunal perrexerunt; senatus forte in curia erat.

Die Nothbehelfe, daß aus dem einen Concordientempel zwei gemacht werden; daß das senaculum intra Capitolium et forum, ubi nunc est aedes Concordiae, von dem Nicostratus spricht, verschieden sein soll von Varros senaculum supra Graecostasin, ubi aedes Concordiae; daß Nicostratus, der in seiner Monographie de senatu habendo drei senacula als geschlossene Zahl angiebt, zwei andere übersehen haben soll; daß endlich bei Plinius in der berühmten Stelle 7, 212 statt ad carcerem geschrieben werden muß ad Castoris — was „eine höchst leichte Veränderung" genannt wird —, alle diese und andere Unglaublichkeiten liegen so bloß und nackt da, daß es für den Zweck der Widerlegung einer weiteren Entwickelung nicht bedarf. Auch müßte, um diese fruchtbar zu machen, nothwendig in einem sehr viel weiteren Umfang, als Dernburg es gethan hat, auf die gesammte eng verschlungene Kette der die Topographie des Comitium betreffenden Fragen eingegangen werden, wozu in diesen Blättern auf keinen Fall der Ort ist.

XII.

Fragmente zweier lateinischer Kaiserrescripte auf Papyrus.

Von Th. Mommsen.

(Hierzu die lithographirte Tafel.)

Unter der großen Masse ägyptischer und griechischer Papyrusrollen, die im Laufe dieses Jahrhunderts nach Europa gelangt sind, befinden sich auch einige wenige mit lateinischer Schrift, welche, da sie juristischen Inhalts, aber dem für römisches Recht sich interessirenden Publicum nur in fehlerhaften und unvollständigen Texten zugänglich sind, hier in besserer Gestalt mitgetheilt werden sollen.

Die erste Kunde von der Existenz dieser Bruchstücke gaben Saint-Martin in einer kurzen Notiz über die durch Casati nach Europa gelangten Papyrus (Journal des savants 1822 p. 555) und Reuvens in seinem Bericht über die Papyrus der Leydener Bibliothek (troisième lettre à M. Letronne 1830 p. 34. 35); sie sowohl als Champollion der Jüngere erkannten die Schrift als lateinisch und Reuvens auch die Zusammengehörigkeit der verschiedenen Bruchstücke, versuchten aber die Entzifferung nicht. Drei dieser Bruchstücke, die inzwischen an die Pariser Bibliothek gekommen waren, gab Champollion-Figeac (chartes et manuscrits sur papyrus de la bibl. Royale. Paris 1840. fol. Tafel XIV.) heraus, indem er hinzufügte, daß er dieselben nicht zu entziffern wisse. Dies gelang

nile.

f. 1. 2. F, . g. 1. 2.

2. o. 1. 2.

u. 1. 2. 4, x. 1. 2. X.

dagegen Maßmann, der um dieselbe Zeit im Anhang zu seinem libellus aurarius (dessen Vorrede vom 31. Dec. 1840 datirt ist) den gleichartigen Leydener Papyrus in einem vortrefflichen Facsimile bekannt machte und in befriedigendster Weise die Lesung feststellte. Champollion erkannte dies an in dem Text zu Silvestres paléographie universelle (partie II f. 65 [237]), in welche das erste der der Pariser Bibliothek gehörigen Fragmente ebenfalls aufgenommen war. Bald darauf folgte in den mémoires de l'Institut Royal de France t. XV partie I (1842) S. 399 fg. eine ausführliche Abhandlung von Natalis de Wailly, welche zu den Leydener Bruchstücken die bereits bekannten so wie einige noch nicht veröffentlichte Pariser in guten Lithographien hinzufügte und die Sache im Wesentlichen erledigte. Durch einen seltsamen Zufall aber blieb diese letzte Publication in Deutschland unbeachtet. Maßmann zwar wies (Münchener Gel. Anz. 1844 Bd. 18 Sp. 897 fg.) die Zusammengehörigkeit der von Champollion und theilweise auch von Silvestre bekannt gemachten Stücke mit dem Leydener nach und gab eine ziemlich fehlerhafte Lesung auch von jenen; Maßmanns Text wurde von Dirksen (Abhandlungen der Berliner Akademie 1846 S. 109—134) und sodann Dirksens von Hänel (corpus legum 1857 p. 281) wiederholt. Aber Waillys besseren und vollständigeren Text hat keiner von ihnen berücksichtigt; und dies ist die Rechtfertigung des hier folgenden Abdrucks, in dem was cursiv gedruckt ist, dem Raume angepaßte Ergänzungen sind. — Das Leydener Bruchstück, drei zusammenhängende und oben und unten vollständige Columnen enthaltend, gebe ich nach Maßmann, dessen Tafel Wailly wiederholt hat; von den drei Fragmenten, die aus Casatis Besitz in die Pariser Bibliothek kamen (PAR. I. II. III.), liegen die Tafeln von Champollion und Wailly, von dem ersten derselben auch die von Silvestre vor. Das vierte Pariser Bruchstück, das sich im Louvre befindet und aus der Saltschen Sammlung herrühren soll, und das kleine Stückchen im Besitz von Champollion sind nur von Wailly herausgegeben. Daß andere Bruchstücke dieser lateinischen Papyrusrollen in andere Sammlungen, zum Beispiel, wie Reuvens vermu-

thet, in die Turiner gekommen sind, ist möglich; doch ist mir darüber nichts weiter bekannt. [1]

Erstes Rescript.

. . . .

PAR. I. 1 ab iniquis eorum detentatoribus *sibi* restitui.

2 Insup*er* etiam pre*c*atur

3 empti*on*ale instrumentum, quod per ui*m* *ac* necessitatem legibus inimicam

4 uili p*r*etio dato super possess*i*onib*u*s ad se pertinentibus confectu*m* *sit*,

5 null*um* sibi praeiudicium gen*era*re,

6 sed e*xig*uo *p*retio, quod re uera datum est, cum legitimis usuris refuso

7 *eas se cum* debitis fructibus *re*cuperare.

8 *Denique*

LEID. A. 9 *idem petitor de*siderat solacia ex militia sua debita

10 *ab isidoro praefato utpote u*surpatore sib*i* restitui,

11 .... *kariss*ime ac iucundissime.

12 *Laudabilis itaque e*xper*i*entia tua,

13 *si preci illi ueritas* inest,

14 *tamquam si id ad iurisdi*ctionem suam pertineret,

15 *praefatum isidorum a*d solutionem debiti uix tandem sine ulla uana dilatione

16 *cum petitore celebrandam iu*xta legum tenorem constringi;

1) Da der Leydener Katalog unter n. 420. 422. 423. 424. 425 noch fünf andere Papyrus als zweifelhaft ob lateinisch oder griechisch aufführt, so habe ich mich deswegen an den Director des dasigen Museums Hrn. Leemans gewendet. Derselbe erwiederte mir, daß das größere Stück n. 420 seitdem von Hrn. Riehl entziffert und dieses sowie n. 425 als griechisch erkannt seien, und sandte zugleich mit gefälligster Zuvorkommenheit Durchzeichnungen der drei anderen kleinen Fragmente. Diese scheinen allerdings lateinisch zu sein, zeigen jedoch nicht die entfernteste Verwandtschaft mit unsern Rescripten. Man darf sie vielmehr der vielgestaltigen jüngeren römischen Cursive zurechnen, obwohl der geringe Umfang der vorhandenen Stücke für die Entzifferung keine genügenden Anhaltspunkte bietet.

LEID. B. 17 iniquos uero detentatores mancipiorum ad eum pertinentium
18 portionem ipsi debitam resarcire;
19 nec ullum precatorem ex instrumento emptionali
20 pro memorata narratione per uim confecto praeiudicium pati,
21 sed, hoc uiribus uacuato,
22 possessiones ad ipsum pertinentes cum debitis fructibus,
23 minimo pretio, quod re uera accepisse probatur,
24 cum legitimis usuris reddito, ab iniquis detentatoribus

LEID. C. 25 eum recipere praecipiat;
+PAR. II. 26 praefato scilicet Isidor‖o
27 solacia siue emolumenta e‖x militia supr*a dicta petitori debita*,
28 quae perperam in suum l‖ucrum dicitur *uertisse*,
29 restituere compellen‖do;
30 ita tamen, ut personae ‖ ad ius spectabilitati*s tuae pertinentes*
31 cessante militari appa‖ritionis suae a*u*xili*o*
32 in prouinciali iud*icio*

---

pulsentur

. . . .

Zweites Rescript.

. . . .

CHAMP. 1 .... perhibentur

PAR. III. 2 Thermuthiam, q*uam l*ibertate d*onauerat*,
3 *t*amquam ingratam ad pristinum *st*a*t*um seruitutis retrahere,
4 *An*drea frater amantissime.
5 I*n*l*u*stris itaque auctoritas tua,
6 *si id a*d suam iurisdictionem pertinere cognouerit,
7 *eas ces*siones, quas timor extorsisse detegitur, antiquari;
8 *itemque ea*, *q*uae sub certa ca*u*s*a* ded*is*se testatur,

---

PAR. IV. 9 causa non secuta legibus ei redhiberi praecipiat;
10 et libertam, quae patronam contumeliis dicitur offendisse,
11 ad pristinam fortunam reduci decernat;
12 dispositura

13 uenditionem serui, quam prece signati uiolenter *eum* celebrare *coegerunt,*

14 infi*rmari*

15 . r ......ll.c.........

. . . .

Der Waillysche Text ist zu Grunde gelegt und die geringfügigen oder offenbar fehlerhaften Abweichungen der übrigen Herausgeber sind meistens mit Stillschweigen übergangen. Wo nichts bemerkt ist, rühren auch die Ergänzungen wenigstens dem Sinne nach von Wailly her.

I. 4 confectu . . Wailly, confeci . . Champollion; doch sind die Buchstaben hinter conf bei beiden bezeichnet als defect und unsicher. Vielleicht ist zu lesen confecit oder confecerit.

8 Es standen in dieser Zeile nur wenige Buchstaben, da unter debitis leerer Raum ist.

13 *cui tanta auctorita*s inest ergänzt Wailly.

14 Wenn in pertineret etwas corrigirt ist, wie Wailly meint, so ist eher das schließende t als re getilgt und würde in diesem Falle zu lesen sein *cognoveritque id ad iuris di*ctionem suam pertinere. Allein wahrscheinlich ist der Strich, den Wailly als Tilgungsstrich ansieht, zufällig und so zu ergänzen, wie, nach einer mir von Herrn Degenkolb mitgetheilten Vermuthung, im Text geschehen ist. — Der Gebrauch der dritten Person in der indirecten Anrede ist dem Curialstil dieser Zeit geläufig; vgl. z. B. nov. Val. tit. 4. § 1: illustris et praecelsa magnificentia tua — sciat secundum suggestionem suam — omnia — non valere. Nov. Theod. tit. 3. § 10: illustris et magnifica auctoritas tua — — quae — decrevimus propositis excellentiae suae sollemniter edictis in omnium faciat pervenire notitiam.

15 vix tandem, eben erst steht incorrect für tandem aliquando, endlich einmal.

25 praecipias will verkehrter Weise Dirksen S. 118 schreiben.

30 spectabili trib ... lesen Wailly und Maßmann mit seinen Nachfolgern, indem jener ergänzt personae ad ius spectabili trib*uatur facultas*, was nicht lateinisch ist, Dirksen gar hier einen tribunus spectabilis, man sieht nicht wie, hinein bringen möchte. Das Facsimile gestattet, da die letzten drei Buchstaben beschädigt sind, wenigstens ebenso gut wie jene die Lesung spectabilitati..., welche jede Schwierigkeit beseitigt.

32 Mit iudicio endigte diese Zeile; der nachfolgende leere Raum ist auf dem Pariser Bruchstück erhalten.

II. 1 Die Anfügung dieses kleinen Bruchstückes an das dritte Pariser Fragment beruht darauf, daß jenes ersichtlich der ersten Zeile einer Columne angehört hat und auf dem oberen Rande des Pariser Bruchstückes ein Stück des h von perhibentur sich zeigt. Unmittelbar schließen sie nicht zusammen.

7 *conven*ciones Wailly; der erste nur theilweise erhaltene Buchstabe kann s oder c sein.

8 *iumenta? uero q*uae Wailly.

14 Mit infirmari schloß die Zeile.

Die Zusammenfügung der verschiedenen Bruchstücke rührt von Wailly her; sie ist unzweifelhaft richtig. Er macht auch mit Recht darauf aufmerksam, daß dies Fragmente zweier verschiedener Rescripte gewesen sein müssen, weil der Curialstil der späteren Kaiserzeit in jedem derartigen Erlaß einen einzigen Hauptabschnitt dadurch macht, daß der Adressat mit Namen und dem ihm angemessenen Rangprädicat angeredet und demnach mit der Wendung: inlustris itaque auctoritas tua oder ähnlichen je nach dem Rang modificirten zur Ausführung des betreffenden Befehls aufgefordert wird, hier aber I, 11. 12 und II, 4. 5 zwei solche Anreden vorkommen. — Der äußeren Form nach war jeder Erlaß, wie dies am deutlichsten das größte dieser Bruchstücke, das Leydener zeigt, auf einem Papyrusstreifen von 0.31 Meter oder ungefähr 17 röm. Zoll Höhe und unbestimmter, aber beträchtlicher Länge einseitig in neben einander gestellten Columnen (*καταβατόν*, *σελίδιον*, pagina) von ungefähr

0.35 Meter = 19 röm. Zoll Schriftbreite und einem Zwischenraume (σελίς) von 0.06 Meter = 3 röm. Zoll geschrieben, so daß diese Streifen bestimmt waren aufgerollt und beim Lesen abgewickelt zu werden. Es ist dies nichts Eigenthümliches; in gleicher Art sind die herculanischen und überhaupt wohl alle älteren sorgfältig behandelten Papyrushandschriften geschrieben, während gewöhnliche Urkunden und Briefe sehr oft transversa charta geschrieben wurden, das heißt so, daß statt der breiten die schmale Seite des Papyrusstreifens nach oben gelegt und von oben bis unten in einer Columne herunter geschrieben ward (vgl. Marini pap. dipl. p. 362). Was die Höhe anlangt, so waren die höchsten und theuersten Papyrussorten, die zu Plinius (h. n. 13, 12, 78 fg.) Zeit in Rom vorkamen, die charta Augusta und die Livia von 13 Zoll und die erst unter Claudius aufgekommene Claudia von 16 Zoll; ein Format von 24 Zoll war als unpraktisch aufgegeben (vgl. Ritschl de bibl. Alex. p. 124; Becker Gallus 2, 314). Die in Aegypten gefundenen Rollen ergeben indeß ein etwas abweichendes Resultat: die Maße der griechischen Papyrus des Leydener und des Turiner Katalogs zeigen, daß jenes Format von 17 Zoll röm. oder 1 Fuß griech. ein anständiges, aber in Aegypten sehr gewöhnliches war, während ein Königsrescript aus dem J. 99 vor Chr.[2] auf ein Blatt von eben 25 Zoll röm. oder 1 Elle griech. Höhe geschrieben ist, also eben das Format hat, das Plinius als zu seiner Zeit aufgegeben bezeichnet. Unsere Blätter übersteigen noch um etwas das Maß des claudischen Papiers. — Bemerkenswerth ist ferner die Zeilenabtheilung, welche einigermaßen die Stelle unserer Interpunction vertritt: die Zeilen werden, wo irgend möglich, am Schlusse von Sätzen oder Satzabtheilen abgebrochen und sind daher äußerst ungleich. Es ist dies diejenige Schreibung, die Hieronymus (praef. in Isaiam I, p. 473) mit den Worten bezeichnet: quod in Demosthene et Tullio solet fieri, ut p e r c o l a scribantur e t c o m m a t a, und die namentlich in Bibelhandschriften nicht selten, auch wohl auf einzelnen Inschriften begegnet (vgl. Ritschl

2) Leydener Katalog n. 399; lang 0.46, hoch 0.48 M.

a. a. O. S. 105 fg.); unsere Erlasse zeigen, daß man in der kaiserlichen Kanzlei nach diesem System schrieb, welches allerdings dem Vorleser sein Geschäft ungemein erleichterte. — Die Schrift — über die ich auf Jaffés unten folgende Ausführung und die beiliegende Tafel verweise — ist wohl im Allgemeinen die altrömische cursive und am nächsten der der Siebenbürger Wachstafeln verwandt; aber sowohl durch die außerordentlich weiten Zwischenräume zwischen den Zeilen und die Größe der Züge — es gehen trotz der Höhe des Papiers auf die Columne nur 8 Zeilen von ungefähr, wenn voll geschrieben, 50—60 Buchstaben — als auch durch manche nur in dieser Schrift vorkommende Buchstabenformen unterscheidet diese Schriftgattung sich von allen übrigen uns bekannten. — Darauf, daß dies Abschriften gewesen sein könnten, führt keine Spur; vielmehr sprechen Format und Schriftgattung deutlich dafür, daß uns hier Originalausfertigungen der kaiserlichen Kanzlei vorliegen (vgl. auch C. Iust. I, 23, 3) — ohne Zweifel die einzigen der Art, die auf uns gekommen sind.

Als Fundort wurde Saint-Martin die Insel Elephantine bezeichnet, während die Leydener dem Katalog nach von der Insel Philä herrühren sollen. Auf jeden Fall stammen diese Documente aus dem südlichen Aegypten, dem Sprengel des Statthalters der Thebais.

Name und Titel des Briefstellers sind in beiden Erlassen verloren und auch von dem Briefempfänger hat sich nur in dem zweiten der Name Andreas erhalten; wir sind für die weitere Ermittelung angewiesen auf die in den Texten selbst liegenden Indicien, namentlich auf die Anredeformen. Augenscheinlich sind beide Erlasse an einen für Civilprozesse competenten Beamten der ägyptischen Diöcese von einer Oberinstanz gerichtet; denn auf Aegypten führen sowohl der Fundort als der II, 2 vorkommende Personenname Thermuthia (vgl. den ägyptischen Götternamen Thermuthis und Josephus ant. Iud. 2, 9, 5), und civilrechtliche Prozeßregulirungen durch Rescript, wie unsere Erlasse es offenbar sind, können nur von dem vorgeordneten an den abhängigen Beamten erfolgen, wie denn auch dem Adressaten in beiden Schreiben ausdrücklich

Jurisdiction beigelegt wird (I, 14. II, 6). Die ordentliche Civiljurisdiction in Aegypten stand in erster Instanz dem Provinzialstatthalter, den praesides Thebaidis, Arcadiae u. s. w., in zweiter dem praefectus Augustalis, in letzter dem kaiserlichen Hofgericht, dem praefectus praetorio Orientis und dem Kaiser selbst zu. Aber an den Provinzialstatthalter der Thebais, an welchen Wailly S. 414. 420 diese Rescripte erlassen glaubt, können sie nicht gerichtet sein; denn diesem kommt nur der Clarissimat zu (not. dign. Or. c. 42), während der eine unserer Erlasse dem Adressaten ausdrücklich die Spectabilität beilegt (I, 30) und der zweite mit der Anrede inlustris auctoritas tua (II, 5) auf eine noch höhere Rangklasse hinweist. Ebenso unzulässig würde es sein den Brief anzusehen als gerichtet an den praef. praetorio Orientis; denn dieser ist bekanntlich vir illustris und bekommt vom Kaiser in der Anrede stets parens, während der Adressat des ersten Erlasses, wie gesagt, die Spectabilität erhält und der des zweiten frater (II, 4) angeredet wird. Sonach bleibt innerhalb der ordentlichen Jurisdiction nichts übrig als, was auch Wailly für möglich erklärte und Dirksen S. 118 mit Bestimmtheit annahm, daß die Schreiben an den praefectus Augustalis gerichtet seien. — In der That nun trifft in dem ersten Rescript alles genau zu auf die Voraussetzung, daß der Kaiser an den Präfecten von Aegypten schreibt: sowohl die dem Adressaten beigelegte Spectabilität als auch die Anrede experientia tua, die sich wiederholt in einem Erlasse Theodosius I. an den praef. Aug. Potamius vom J. 392.[3] Wir werden demnach nicht anstehen in dem Adressaten dieses Schreibens einen solchen Präfecten zu erkennen. — Dagegen die im zweiten Rescript gebrauchten Titulaturen fügen dieser Annahme sich nicht, weder die Anrede frater noch die Bezeichnung inlustris auctoritas tua. Die posttheodosianischen Novellen nebst den wenigen anderweitig erhaltenen gleichzeitigen Kaiserverordnungen lehren, daß im

3) Cod. Theod. 12, 1, 126. Anderswo steht gravitas tua (Cod. Theod. 12, 1, 80) und laudabilis auctoritas tua (const. Sirm. III).

Curialstil des fünften Jahrhunderts die Anreden parens und frater in kaiserlichen Erlassen sich beschränken auf die erste Rangklasse der viri illustres und zwar in der Weise, daß den drei höchsten Reichsbeamten, dem praefectus praetorio, dem praefectus urbis und dem magister militum die Titulatur parens, dagegen dem magister officiorum und den comites rerum privatarum und sacrarum largitionum die Titulatur frater zukommt, bei diesen aber auch nicht etwa nur hie und da, sondern stets und an fester Stätte unmittelbar nach dem Eigennamen sich vorfindet. Die wenigen an Beamte geringeren Ranges gerichteten Erlasse, welche mit vollständiger Titulatur sich erhalten haben, unter diesen auch einer, der eben an einen Präfecten von Aegypten adressirt ist, haben diese Titulaturen nicht, sondern begleiten den Eigennamen bloß mit einem Freundschaftsprädicat.[4] Wenn nun auch für Justinians Zeit es sich anders verhielt und schon dem einfachen Provinzialstatthalter die Anrede frater zukam,[5] so ist doch dies offenbar Neuerung und sicher für das vierte, wahrscheinlich auch für das fünfte Jahrhundert die Regel aufzustellen, daß der Kaiser nur den

4) Rescript von 365—374 an den Consular von Picenum: Valentiniane carissime (Consult. c. 9). Um 384 an den Praefectus Augustalis: Optate carissime ac iucundissime (Const. Sirm. III). Um 390 an den Vicarius der Stadt Rom: Orienti carissime ac iucundissime nobis (Coll. 5, 3; vgl. Vat. fr. p. 378 meiner größern Ausgabe). Von 459 an den Consularis von Tuscia suburbicaria: Rogatiane carissime (Nov. Maioriani IX). — Wie es sich verhalte mit dem Erlasse Constantins an den Celsus vicarius Africae, worin die Anrede frater carissime vorkommt (Optati Milev. opp. ed. Dupin 1702 p. 186), steht dahin.

5) Dafür spricht Cassiodor var. 6, 21 in der formula rectoris provinciae: a principe frater vocaris und die Anrede Justinians an den Statthalter von Tarsos frater carissime (nov. 121). — Uebrigens handelt über diese Titulaturen unter den Neueren am sorgfältigsten Zirardini (Theodosii iun. nov. leges p. 319 sq.), obgleich auch hier die Unterscheidung der verschiedenen Epochen vermißt und daher die Sache durchaus unrichtig dargestellt wird. Vgl. auch Marini pap. p. 275. Seltsam ist Dirksens Aeußerung S. 119: 'Die 'Anrede frater iucundissime und amantissime findet man vielfältig (!) dem 'praefectus Augustalis gleichwie den rectores provinciarum und comites 'gespendet.' Vielmehr heißt der praefectus Aug. nirgends so.

Illustren den Titel parens oder frater giebt. — Aehnlich steht es mit der Anrede inlustris auctoritas tua. In den kaiserlichen Erlassen des fünften Jahrhunderts ist für die illustres vom Range des parens die stehende Anrede: illustris et praecelsa magnificentia (oder magnitudo) tua,[6] für die illustres vom Range des frater: illustris auctoritas tua; daß die letztere Phrase von einem Beamten der zweiten Rangklasse der Spectabiles habe gebraucht werden können, ist durch kein Beispiel zu belegen und in hohem Grade unwahrscheinlich. — Somit ist für die fraglichen Titulaturen innerhalb der ordentlichen Civiljurisdiction überhaupt kein Raum.[7] Es sind aber noch außer dieser auch die Militärgerichte ins Auge zu fassen, welche in der späteren Kaiserzeit in Angelegenheiten der Soldaten ebenfalls Civiljurisdiction hatten und auf die in unserm Fall noch besondere später zu erörternde Anzeichen hinführen. Für Aegypten kommen hiebei in Betracht der dux Thebaidis vir spectabilis so wie die der gleichen Rangklasse angehörenden comes Aegypti und dux Libyarum als Gerichte erster Instanz; ferner der magister officiorum vir ill. als Richter über den dux selbst und dessen Apparitoren (C. Iust. 12, 60, 8); endlich der magister militum per Orientem, insofern es sich um Soldaten handelte, die unmittelbar unter ihm, nicht unter den duces oder comites standen (Hollweg Civilprozeß S. 95). Allein die Titulaturen unseres

---

6) So in den Erlassen Valentinians III., Marcians, Glycerius (Hänel corpus legum S. 260) u. a. m. Et praecelsa fehlt öfter; einmal steht auch celsitudo tua (Marcian. tit. 3). Theodosius II. bedient sich statt dieser der Anrede illustris (selten sublimis) ac magnifica auctoritas tua; bloß illustris auctoritas tua allein findet sich bei Theodosius II., aber nicht oft (15, 2, 1. 18, 1. 23, 1), ferner in einem Erlaß des Honorius (Hänel S. 239).

7) Ich habe daran gedacht, das zweite Schreiben zu fassen als von dem praef. praet. an den praef. Aug. gerichtet, wobei die Anrede frater in der Ordnung sein würde (Hänel corpus legum p. 193; vgl. cod. Iust. 1, 48, 2); die Annahme, daß der praef. praet. eben wie der Kaiser prozeßregulirende Rescripte zu erlassen befugt gewesen sei, ist an sich wahrscheinlich und findet eine Stütze in C. Iust. 1, 26, 1. Allein die Phrase illustris auctoritas tua bleibt, auch wenn sie dem Präfectus Prätorio in den Mund gelegt wird, immer für den Präfectus Augustalis unpassend.

Rescriptes sind nach dem oben Gesagten für den dux Thebaidis zu ansehnlich, für den mag. militum zu gering; somit bleibt nur die Möglichkeit offen, daß das Schreiben an einen magister officiorum Andreas gerichtet gewesen ist, womit allein die Curialien sich vollkommen vertragen.

Zu einer genauen Zeitbestimmung verhilft zunächst der Name Andreas uns nicht; denn vergebens suchen wir denselben unter den wenigen auf uns gekommenen Namen von magistri officiorum. Dagegen wird man geltend machen dürfen, daß die Competenz der Militärbehörden in den gegen Soldaten erhobenen Civilklagen noch in einem Erlasse d. J. 397 (C. Theod. 2, 1, 9) ausdrücklich verworfen und zuerst in einer Verordnung von 413, wie es scheint als etwas Neues, verfügt wird.[8] Diese Competenz aber erkennen unsere Erlasse an und man wird sie daher nach 413 zu setzen haben. Bestimmte chronologische Anhaltspunkte habe ich weiter nicht gefunden; doch paßt sprachlich und sachlich alles zu der Annahme, daß beide Erlasse dem fünften Jahrhundert angehören. Weiter hinab darf man schon wegen der fehlerlosen Orthographie und wegen des Gebrauches der lateinischen Sprache nicht gehen; mit der von Justinian vorgenommenen Organisation Aegyptens lassen unsere Rescripte in keinem Fall sich in Uebereinstimmung bringen.

Die vorliegenden Erlasse sind Bescheide auf prozessualische Bittschriften. In unseren Rechtsquellen finden sich bekanntlich dergleichen Rescripte, allerdings durchaus überarbeitet und verkürzt, in großer Zahl aus der vorconstantinischen Epoche; von da ab aber verschwinden sie in den orientalischen Rechtsquellen ganz und auch in den wenigen occidentalischen, den Vaticana fr. und der Consultatio, hat sich nur eine spärliche Zahl solcher Bescheide von Constantin und Valentinian I. erhalten — nicht weil man aufhörte dergleichen Rescripte einzuholen, sondern aus anderen in der größeren Ausgabe

8) C. Iust. 3, 13, 6. Hollweg Civilprozeß S. 93. Die Execution gegen Militärpersonen war den Civilgerichten bereits früher genommen, wie außer der angeführten Verordnung auch C. Theod. 1, 14, 1 zeigt.

der vaticanischen Fragmente (S. 396 fg.) von mir aus einander gesetzten Ursachen. Die unsrigen sind somit die einzigen in ihrer ursprünglichen Form erhaltenen und aus der späteren Kaiserzeit überhaupt die einzigen uns übrig gebliebenen Prozeßrescripte. Formell ist zunächst bemerkenswerth, daß die Oberbehörde den Bittsteller nicht direct bescheidet, wie dies in der vorconstantinischen Zeit vielleicht immer, gewiß in der Regel geschah (vgl. meine Abhandlung über die Verordnungen Diocletians S. 418), sondern die Antwort an den Statthalter richtet. So rescribirten vielleicht schon Constantinus I. (Vat. fr. § 36), gewiß Valentinianus und Valens (Erlaß an den Statthalter von Picenum Cons. c. 9) und allgemein spricht Zeno in einem Gesetz von 477 (Cod. Iust. 1, 23, 7) von den universa rescripta, sive in personam precantium sive ad quemlibet iudicem manaverint. — Der Zweck dieser Bescheide ist keineswegs die endgültige Erledigung der Sache. Dem Kläger wird zwar, insofern aus den von ihm behaupteten Thatsachen die von ihm gestellten Anforderungen rechtlich sich ergeben, sein Recht zugesprochen, aber unter Vorbehalt des Beweises der Wahrheit der von ihm behaupteten Thatsachen, welche (bekanntlich in dem Gesetze Zenos von 477 C. Iust. 1, 23, 7 auch formell als unerläßlich bezeichnete) Clausel in dem ersten Erlasse (I, 13) ausdrücklich ausgesprochen, in dem zweiten wenigstens durch die Fassung (II, 7. 10) hinreichend angedeutet ist.[9] In praktischer Anwendung finden wir dies Verfahren in dem merkwürdigen Erbschaftsprozeß, den nach Symmachus (ep. 10, 39) Hollweg (Civilprozeß S. 408 fg.) dargestellt hat: derselbe begann damit, daß die Klägerin eine Bittschrift beim Kaiser eingab und dadurch einen Rechtsbescheid desselben erwirkte, über den (de supplicationis fide, de precibus) nun weiter gestritten ward. Allerdings aber ward eine derartige Bitte um Rechtsbescheid sehr häufig verbunden mit der zweiten um Gestattung einer Abweichung von dem gesetzlich competenten Gerichtsstand, und dies ist auch der

9) Man könnte hienach selbst vermuthen, daß die Erlasse älter sind als jenes Gesetz Zenos von 477.

Fall in dem ersten Rescript.. Die Worte am Schluß: ut personae ad ius spectabilitatis *tuae pertinentes* cessante militari apparitionis suae a*uxilio* in provinciali iud*icio pulsentur* können nur heißen, daß die Personen, welche im Amtssprengel des Statthalters von Aegypten sich befinden,[10] unter Wegfall des mit ihrem Dienerverhältniß verknüpften Soldatenprivilegiums im Civilgericht sich zu stellen haben. Die Bezeichnung apparitio, die ausschließlich von den Officialen der Beamten gebraucht wird, beweist, daß es sich hier um den befreiten Gerichtsstand des Beamtenpersonals handelt; eines solchen genießen aber nach dem Rechte dieser Zeit nur die Officialen der Militärbeamten[11] und daher ist militare auxilium hier nicht von der allgemeinen militia Palatina, sondern von der eigentlichen militia armata zu verstehen. Es handelte sich also hier um Personen, die nach dem bestehenden Recht vor dem dux Thebaidis oder auch den höheren Militärbehörden hätten verklagt werden müssen und die unser Rescript anweist vor dem Civilgericht sich zu stellen — also genau um den Fall, den eine an den mag. mil. per Orientem 414 gerichtete Verfügung (C. Theod. 1, 7, 4 = Iust. 1, 29, 2) verbietet: Apparitores officii tuae praestantiae ad aliud iudicium trahi ex auctoritate sacrorum rescriptorum minime oportebit, etiamsi quis id a nostra clementia vel exposita vel suppressa veritate meruerit. Sciat igitur illustris magnificentia tua sub te, sive civiliter sive criminaliter appetuntur, eos litigare debere.[12] Daraus erklärt sich denn auch, weshalb statt der gewöhnlichen Competenzclausel (*si id a*d suam iurisdictionem pertinere cogno-

10) Das heißt ad ius pertinere, vgl. C. Th. 15, 1, 9. Nov. Val. III tit. 18 c. 1. § 12.

11) C. Theod. I, 7, 4. C. Iust. 12, 55, 5. 60, 8. Selbst die beschränkte Ausnahme, die mit den Officialen des praef. praet. gemacht wird (C. Iust. 12, 53, 3), wird dadurch motivirt, daß dieselben nominell einer Legion angehörten. Hollweg (Civilprozeß S. 170) dehnt das Privilegium zu weit aus.

12) Ebenso wird umgekehrt in einem an den praef. August. 397 gerichteten Erlaß (C. Theod. 2, 1, 9) untersagt eine Civilsache beim Militärgericht anzubringen, wenn nicht ein kaiserliches Rescript dies besonders angeordnet hat.

verit II, 6) hier die die foribeclinatorische Einrede des Beklagten beseitigende Phrase gesetzt ist: *tamquam si id ad iurisdic*tionem suam pertineret — wonach also Isidorus, obwohl im Uebrigen nicht verpflichtet als Beklagter vor dem Präfecten von Aegypten und dessen Unterbeamten Recht zu nehmen, doch in diesem Fall dazu angehalten werden soll.[13] Uebrigens sollte die fragliche Sache wahrscheinlich nicht vor dem Präfecten von Aegypten, sondern vor dem Statthalter der Thebais verhandelt werden; dafür spricht nicht gerade der Fundort, aus dem nichts weiter folgt, als daß der Besitzer der Actenstücke auf der Insel Elephantine oder Philä bestattet worden ist, aber die Fassung ist dieser Annahme günstig und das provinciale iudicium I, 32 nur unter dieser Voraussetzung zu erklären. Denn mag provincialis hier auch zunächst stehen als Gegensatz zu militaris,[14] so ist doch iudex provinciae in dieser Epoche eine so geläufige Bezeichnung für das Untergericht, daß der Concipient sich wohl anders ausgedrückt haben würde, wenn er die Mittelinstanz im Sinne gehabt hätte. Auch ist nicht abzusehen, warum nicht, abgesehen von jenem Militärprivileg, in diesem Prozeß das Untergericht zunächst hätte competent sein sollen. Daß das Hofgericht nicht an dieses direct, sondern an die Mittelinstanz schreibt, kann bei dem Geschäftsgang des fünften Jahrhunderts nicht befremden — unmittelbar an die Provinzialstatthalter gerichtete Schreiben, wie z. B. das vom J. 342 an einen Präses der Augustamnica C. Theod. 12, 1, 34, sind in dieser Epoche seltene Ausnahmen — und befugte den Präfecten noch keineswegs zur Uebergehung der Unterinstanz (Dig. 1, 18, 9). Es ist sehr wohl möglich, daß sich in diesem Falle die Thätigkeit des Präfecten zunächst darauf be-

13) Wenn man pertinere liest und ergänzt: *cognoveritque id ad iurisdictionem suam pertinere*, so müßte man dieses fassen als allgemeinen Vorbehalt der etwanigen foribeclinatorischen Einreden, mit Ausschluß derjenigen, die auf das speciell aberkannte Privilegium sich stützt. Aber es leuchtet ein, daß diese Interpretation ein Nothbehelf ist.

14) Vgl. z. B. C. Iust. 1, 29, 1: viri illustres comites et magistri peditum et equitum in provinciales nullam penitus habeant potestatem nec amplissima praefectura in militares viros.

schränkt hat, den Erlaß im Original (C. Iust. 1, 23, 3) dem Statthalter der Thebais zu übermitteln. — In dem zweiten Erlaß findet sich nichts, was auf Aenderung des Gerichtsstandes bezogen werden könnte.

Ueber die beiden Rechtsfälle selbst fasse ich mich kurz, da der thatsächliche Zusammenhang doch genügend sich nicht erkennen läßt, übrigens, so weit er klar ist, besondere rechtliche Schwierigkeiten sich nicht zeigen. In dem ersten Erlaß ist der Name des Petenten (precator Z. 19) verloren; der Hauptgegner (vgl. Z. 1. 17. 24) ist ein gewisser Isidorus (Z. 26). Der letztere muß nach dem Gesagten seinen ordentlichen Gerichtsstand bei einer Militärbehörde gehabt haben und Official eines der ägyptischen Militärbeamten gewesen sein — vermuthlich des dux Thebaidis, denn der not. dign. (Or. c. 28) zufolge cantonnirte in Elephantine die cohors prima felix Theodosiana, in Philä die legio prima Maximiana, die beide unter jenem Dux standen.[15] Daß auch der Kläger ein solches und wahrscheinlich das gleiche Officium wenigstens früher verwaltet hatte, folgt aus Z. 9. Seine Bitte sowie die Punkt für Punkt ihr folgende kaiserliche Antwort geht, abgesehen von der den Gerichtsstand betreffenden, die thatsächlich wohl die wichtigste sein mochte, auf folgende vier Punkte.

1) Anhaltung des Beklagten zur Zahlung einer lange verschleppten Schuld (Z. 15. 16).
2) Rückgabe einer Anzahl Sklaven oder wenigstens eines Antheils daran von Seiten der jetzigen fehlerhaften Inhaber (detenkatores) (Z. 1. 17. 18).
3) Rückgabe verschiedener durch angeblich erzwungenen und ihn unbillig verletzenden Kauf von ihm veräußerter Grundstücke

15) Der oben (S. 400 Anm. 1) angeführte noch ungedruckte griechische Papyrus n. 420 des Leydener Museums ist nach Hrn. Leemans Mittheilung ein Bittschreiben an die Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. (425 – 450) um Verstärkung der Besatzung in Syene, Elephantine und Contra-Syene gegen die Angriffe der Nubaden. Es ist leicht möglich, daß dieser Papyrus mit den unsrigen zusammen gefunden ist und dieselben Personen oder doch dieselbe Garnison betrifft; die Zeit wenigstens stimmt.

nebst deren Früchten von Seiten der jetzigen rechtswidrigen Inhaber gegen Erstattung des Kaufgeldes, so weit es wirklich gezahlt ist, nebst dessen Legalzinsen an dieselben und unter Cassirung jenes Kaufvertrags (Z. 2—7. 19—25).

4) Rückgabe der dem Kläger aus seinem Amt erwachsenen, vom Beklagten aber eingezogenen Besoldungsraten und Sporteln (Z. 8—10. 26—29).

Der zweite Erlaß, in dem die Namen des Petenten wie des Gegners fehlen, geht auch von einer angeblich verübten Vergewaltigung aus. Es ist leicht möglich, daß er sich auf dieselbe Angelegenheit, wenn auch nicht auf denselben Rechtsfall bezieht, sehr wahrscheinlich, daß die beiden offenbar zusammen gefundenen Erlasse wenigstens dieselbe Person betreffen. Da nun, wie wir sahen, sowohl der Petent des ersten Erlasses als sein Gegner Isidorus vermuthlich zu den Officialen des dux Thebaidis gehörten und da diese Officialen ihren ordentlichen Gerichtsstand vor dem magister officiorum hatten — denn an einen solchen verfügt Kaiser Leo (C. Iust. 12, 60, 8): viros spectabiles duces eorumque apparitores nec non limitaneos castrorumque praepositos tantummodo ex sublimis tui iudicii sententia conveniri nec aliis subiacere iudicibus praecipimus — so ist es durchaus angemessen, daß ein anderes auf die eine oder die andere dieser Personen bezügliches kaiserliches Rescript an den magister officiorum gerichtet ward, wie sich dies oben aus den gebrauchten Formeln herausgestellt hat.

Der Inhalt der Bitte, so weit er zu erkennen ist, besteht in folgenden Punkten:

1) die durch Gewalt erwirkten Cessionen für nicht geschehen zu erklären (Z. 7).

2) die Rückgabe der zu einem bestimmten Zweck gemachten Zuwendungen zu veranlassen, da dieser Zweck nicht eingetreten ist (Z. 8. 9).

3) die Freigelassene Thermuthia wegen Undanks gegen ihre Freilasserin wieder in die Knechtschaft zurück zu versetzen

(Z. 2. 3. 10. 11). Da der Petent ein Mann ist (Z. 17), so mag man ihn sich als den Gatten oder den Erben der Freilasserin denken.

4) den von den Gegnern dem Petenten abgezwungenen Verkauf eines Sklaven zu cassiren (Z. 13. 14).

Die Annahme, daß alle diese sehr heterogenen Ansprüche in einem und demselben Prozeß geltend gemacht worden sind, ist nicht unbedingt nöthig; doch ist bei dem Gerichtsverfahren dieser Zeit eine sehr weit gehende Klagencumulation allerdings denkbar.

Ueber den Schriftcharakter, den die eben erläuterten Urkunden zeigen, verdanke ich die folgenden sachkundigen Bemerkungen meinem Freunde Prof. Jaffé:

Unterzieht man die Schrift der von Maßmann, Champollion-Figeac und Wailly aus Papyrusfragmenten zu Leyden und Paris veröffentlichten Fragmente kaiserlicher Rescripte (von der die beigegebene Tafel eine Probe enthält) einer Vergleichung mit den anderen sonst bekannten Formen lateinischer Cursive, so tritt die eigenthümliche Ausbildung ihres Alphabets am stärksten in folgenden 8 Buchstaben hervor: *a*, *b*, *e*, *g*, *m*, *n*, *p*, *r*.

Fünf dieser Buchstaben jedoch, und zwar *a*, *b*, *g*, *p*, *r*, zeigen in ihrer Beschaffenheit die engste Verwandtschaft mit den Lettern der Siebenbürgischen Wachstafeln aus dem 2. Jahrhundert, welche in der auf beigefügter Tafel befindlichen Zusammenstellung beider Alphabete aufs schlagendste hervortritt.

Ganz isolirt innerhalb der lateinischen Schriftgestaltungen stehen *e*, *m*, *n*, auf deren Formation höchst wahrscheinlich die griechische Cursive eingewirkt hat. Wie nämlich aus der griechischen Capitale *H* die cursiven Bildungen *h* und η hervorgegangen sind (s. Montfaucon Pal. gr. 264), so stellt das *e* unserer Fragmente eine nur durch seine Lage von jener verschiedene Gestalt dar, die eben deshalb und wegen der oben schon nachgewiesenen Verwandtschaft mit der Wachstafelcursive nicht, wie Maßmann meint, aus der Unciale

є, sondern aus dem cursivisch nur noch in den Pompejanischen Graffiten und den erwähnten Wachstafeln erscheinenden || entstanden sein muß. Das *m* ist augenscheinlich fast ganz das griechische *μ*, wie es in dem Fragment eines griechischen Kaiserbriefs bei Montfaucon p. 266 erscheint. Und ebensowenig läßt der Zusammenhang des *n* mit dem griechischen *μ* sich verkennen.

Unter den übrigen Buchstaben der Fragmente zeigen sich *f* und *l* zugleich abweichend von der Wachstafelcursive und annähernd an die jüngere römische Cursive theils noch des 5., hauptsächlich aber des 6. Jahrhunderts, von der vornehmlich Mabillon und Marini Proben gegeben haben. Auch tritt in der letzteren zuweilen noch ein *b* auf: *d*, das dem nämlichen Buchstaben der Fragmente sehr nahe steht. Im Uebrigen aber weist der Gesammtausdruck der jüngeren römischen Cursive jeden engern Zusammenhang mit der Schriftbildung der Fragmente entschieden von sich.

Alle anderen als die besprochenen Buchstaben offenbaren bei aller Besonderheit nur ihre sämmtlichen Formationen lateinischer Cursive gemeinschaftlichen Charaktere.

Nach allem Gesagten grenzt die Schriftart der Fragmente in der Reihe der cursivischen Erscheinungen lateinischer Schrift zumeist an die Formen der Siebenbürgischen Wachstafeln. Dem unregelmäßigen Gepräge der letzteren sowohl in Ansehung der einzelnen Buchstaben wie der Ligaturen stellt sich aber in den Fragmenten ein seltenes Ebenmaß und ein fast vollständiger Mangel solcher Buchstabenverbindungen entgegen, die den Schriftzug wesentlich alteriren. Dazu tritt in den Fragmenten eine auffällig feierliche Weitläufigkeit der Formen, so daß die Verwendung der Cursive statt der kaum geräumigern Unciale schwer begreiflich wäre ohne die Annahme, daß diese Schrift ihren Ursprung überhaupt nicht unmittelbar an die Unciale anknüpft, sondern vielmehr nichts ist, als die vornehm ausgestattete Tochter der dem täglichen Gebrauch dienenden, nicht allzu edel geformten ältern römischen Cursive, wie sie uns in den Wachstafeln vorliegt.

XIII.

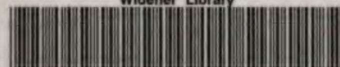
Recensionenverzeichniß.

(Mai bis December 1862.)

Abegg, über die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen. Archiv f. preuß. Strafrecht 6. Lit. Centralbl. 30.
Ack[illegible]n, für die deutsche Polizei. Berl. Revue 29. Bd. 5.
Altmann, Praxis der preußischen Gerichte in Kirchen= &c. Sachen. Lit. Centralbl. 26. Deutsche Gerichtsz. 44.
Archiv, württembergisches, f. Recht u. Rechtsverwaltung. Z. theol. Litbl. 68.
Arndts u. Leonhard, das preußische Vormundschaftsrecht. Dtsche. Gerichtszeitg. 44 u. ff.
Arnold, v., das Verfahren gegen Geisteskranke u. Verschwender. Ztschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XIX. 3. Abendbl. z. N. Münch. Ztg. 10.
Arnold, zur Geschichte des Eigenthums in deutschen Städten. Hist. polit. Bl. L. 4. Hist. Ztschr. 2. Lit. Centralbl. 17. Ztschr. f. schweiz. Recht X.
Auerbach, das Gesellschaftswesen. Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht V. 4.
Bar, das internationale Privat= u. Strafrecht. N. Mag. f. hannov. Recht 3.
Barth, das bayerische Strafgesetzbuch. Aerztl. Intelligenzbl. 26.
Ballien, Gesetze u. Verordnungen betr. das preuß. Volksschulwesen. Kath. Schulbl. 2.
Bayerns Gesetze u. Gesetzbücher. Abendbl. z. N. Münch. Ztg. 52.
Beiträge zur Erläuterung d. preuß. Rechts, von Gruchot. Pözl, Vierteljahrsschr. 3.
Berner, Abschaffung der Todesstrafe. Berl. Revue 30. Bd. 8. Gerichtssaal 6. Krit. Blätter 20. Pözl, Vierteljahrsschr. 3.
Bertrab, Strafprozeß. Schles. Ztg. 439. Gerichtssaal 4. 5.
Biedermann, v., über die Pflichten u. Rechte der Rittergutsbesitzer. Illustr. landwirthsch. Dorfztg. 39. Krit. Blätter 22. Schles. landwirthsch. Ztg. 51. Wilda Centralbl. 10.
Bitzer, das Recht auf Armenunterstützung. Berl. Revue 31. Bd. 6. Menzel, Litbl. 85.
Böhlau, die Einzelhaft in Preußen. Allg. preuß. Ztg. 155. Deutsche Gerichtsztg. 36.
Börner, Abschaffung der Todesstrafe. Dtschs. Museum 39.
Bomhard, die Civilrechtspflege in der bayerischen Pfalz. Lit. Centralbl. 45. Haimerl, Vierteljahrsschr. IX. 1.
Bopp, Beiträge z. Rechtsübung. Ztschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XIX. 3.
Bornemann u. A., das allg. deutsche Handelsgesetzbuch. Busch, Archiv I. 1.

Verantwortlicher Redacteur: Prof. Dr. E. J. Bekker in Greifswald.

Druck von E. P. Melzer in Leipzig.


Widener Library
3 2044 098 650 146